

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
MESTRADO EM DIREITO

BRUNO BALDINOTI

**FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO
BRASIL: ANÁLISE SOB O PENSAMENTO DE AMARTYA SEN DO
MODELO DE DESENVOLVIMENTO HUMANO**

MARÍLIA
2019

BRUNO BALDINOTI

FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL:
ANÁLISE SOB O PENSAMENTO DE AMARTYA SEN DO MODELO DE
DESENVOLVIMENTO HUMANO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como parte do requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica

Orientador: Edinilson Donisete Machado

MARÍLIA
2019

BALDINOTI, Bruno.

Função social da empresa e recuperação judicial no Brasil: Análise sob o pensamento de Amartya Sen do modelo de desenvolvimento humano / Bruno Baldinoti; Orientador: Professor Doutor Edinilson Donisete Machado, Marília/SP: 2019. 170 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito. Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2019.

1. Desenvolvimento Humano. 2. Desenvolvimento como Liberdade. 3. Lei 11.101/05. 4. Recuperação da Empresa em Crise. 5. Função Social da Empresa. 6. Perícia Prévia.

CDD: 342.236

BRUNO BALDINOTI

FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL:
ANÁLISE SOB O PENSAMENTO DE AMARTYA SEN DO MODELO DE
DESENVOLVIMENTO HUMANO

Banca examinadora da Dissertação de Mestrado em Direito apresentado ao Programa de Estudo Pós-Graduado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Nota: _____

ORIENTADOR: _____
Edinilson Donisete Machado

EXAMINADOR: _____
César Augusto Luiz Leonardo

EXAMINADOR: _____
Ivo Waisberg

Marília, 22 de Fevereiro de 2019.

DEDICO este trabalho aos meus familiares, em especial, aos meus pais, Nilton Sérgio Baldinoti e Mariza Aparecida dos Santos, e aos meus tios paternos, Cristina Baldinoti e Aparecido Vanderlei Baldinoti, que sempre me apoiaram nos meus estudos, mesmo quando estava ausente, para que eu pudesse corresponder com excelência às exigências da academia.

AGRADECIMENTOS

Não me sinto competente para demonstrar os meus sinceros agradecimentos a este papel, devido ao débito que tenho com estas pessoas, pois a influência delas em minha vida transcende as palavras aqui expostas. Portanto, agradeço a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para a minha formação pessoal e profissional, estando nominalmente aqui ou não.

A fim de descrever as minhas palavras de agradecimentos, mais uma vez, gostaria de agradecer aos meus familiares que sempre estiveram ao meu lado para o desenvolvimento desta dissertação de mestrado, notadamente meus familiares, que sempre me apoiaram em tudo, sobretudo meus pais, tios, madrasta e padrasto.

Agradeço ao Grupo AOM, na pessoa de Adriano de Oliveira Martins, bem como ao próprio Adriano de Oliveira Martins, que se tornou meu mentor para que eu pudesse me desenvolver como pessoa e, por conseguinte, aprimorar o caráter, personalidade e o profissionalismo para o exercício da advocacia e da docência na advocacia empresarial, pois ele me proporcionou grandes aprendizados de vida.

Ademais, agradeço aos meus orientadores, Edilson Donisete Machado e Juliano Napoleão Barros, por quem tenho grande admiração, pelo suporte e confiança, pois os tenho como exemplos para me tornar professor de excelência, uma vez que puderam me ensinar como realizar a pesquisa científica e o significado de ser docente, especialmente para a formação do aluno enquanto ser humano e profissional.

Agradeço aos membros da Turma de 2017 do Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM pela amizade, palavras de incentivo e humildade que sempre tiveram, e cuja amizade não se limitou aos contornos da sala de aula. Por conseguinte, em especial, deixo os meus agradecimentos para Fábio Ruz, Ricardo Razaboni Júnior, Fernanda Oliveira, Marco Marchiori, Leonardo Simões, Giovane Porto, Gustavo Cordeiro, Larissa Françoso, Rafael Salatini, Rogério Cangussu, Gislaene Martins e Heloisa Pancotti.

Outrossim, gostaria de agradecer a este Centro Universitário, a todos os funcionários, em especial, à Leninha Neto, à nossa eterna Terezinha Paulino e à Márcia Postigo, terceirizados, visitantes, seu corpo docente e discente, direção e administração, pela oportunidade de fazer o curso e por todo o apoio ao longo desses anos de graduação e participação no Programa de Mestrado.

Além disso, gostaria de agradecer aos meus amigos, em especial, ao Sílvio César Vigarani, Bruno Eduardo, Francisco de Agostinho Júnior e família, Teófilo Arêa Leão Júnior, Elaine Gianini, Paula Cola Tozzato, Daniela Batista, Rodrigo Ishii, Degival Sebastiao Silva e Danilo Pierote, que sempre me incentivaram durante o mestrado, de maneira que, por meio dos conselhos pessoais, profissionais e acadêmicos que deles recebi, pude ver o quão gratificante é superar as dificuldades que a ambição nos traz a superar.

Desse modo, utilizando-me da frase de Epicuro, “as pessoas felizes lembram o passado com gratidão, alegram-se com o presente e encaram o futuro sem medo”, ou seja, agradeço a todos que contribuíram direta ou indiretamente para que eu pudesse desenvolver com excelência esta dissertação de mestrado, a qual vem a ser mais um desafio superado.

"Todos os seus sonhos podem se tornar realidade se você tem coragem para persegui-los".

(Walt Disney)

BALDINOTI, Bruno. **Função social da empresa e recuperação judicial no Brasil: análise sob o pensamento de Amartya Sen do modelo de desenvolvimento humano**. 2019. 170f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2019.

RESUMO

Na linha de pesquisa Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica, o presente trabalho foi elaborado para a obtenção do título de mestre no Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Nesse sentido, em vista do exercício da atividade empresarial promover a geração de empregos, rendas, tributos e circulação de serviços e produtos para o mercado de consumo, por meio da Lei 11.101/2005, o ordenamento jurídico brasileiro constituiu o instituto da recuperação judicial, para, por conseguinte, propiciar na preservação da função social da empresa. Com efeito, no procedimento do pedido de recuperação judicial, houve criação da denominada perícia prévia à prolação da decisão judicial que venha analisar o processamento do pedido de recuperação judicial, de modo que, embora a Lei 11.101/2005 não preveja a realização da referida perícia, juízos vinculados ao Tribunal de Justiça de São Paulo têm proferido pronunciamentos judiciais com os quais determinam a realização da referida perícia. Desse modo, o presente trabalho tem como objetivo analisar o instituto da recuperação judicial da empresa a partir do pensamento de Amartya Sen, sob a perspectiva do modelo de desenvolvimento humano proposto por esse autor, e, por conseguinte, diante da realização da perícia prévia na fase postulatória do pedido de recuperação judicial, será apresentada uma hipótese de melhoria para o processo de recuperação judicial. Nessa vertente teórica, assume como opção metodológica a adoção do raciocínio dedutivo, bem como a adoção do procedimento de análise de conteúdo em pesquisa bibliográfica. Dessa forma, é esperado chamar a atenção dos operadores do Direito para a importância do debate sobre o estudo do processo de recuperação de empresa em crise.

Palavras-chave: Desenvolvimento humano. Desenvolvimento como liberdade. Lei nº. 11.101/2005. Recuperação da empresa em crise. Função social da empresa. Perícia prévia.

BALDINOTI, Bruno. **Company social function and judicial recovery in Brazil: analysis under Amartya Sen's thinking of the human development model.** 2019. 170f. Dissertation (Master's Degree in Law Sciences) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2019.

ABSTRACT

In the line of research Critical to the Fundamentals of Legal Dogmatics, the present work was elaborated to obtain the master's degree in the Master Program in Law of the University Center Eurípides de Marília – UNIVEM. In this sense, in view of the exercise of business activity to promote the generation of jobs, income, taxes and circulation of services and products for the consumer market, through Law 11.101/2005, Brazilian legal system constituted the judicial recovery institute, to promote the preservation of the company's social function. In fact, in the procedure for requesting judicial reorganization, there was created a so-called preliminary expert's report on the execution of the judicial decision that will analyze the processing of the request for judicial reorganization, so that, although Law 11.101/2005 does not provide for the execution of said expert, judgments attached to the Court of Justice of São Paulo have rendered judicial pronouncements with which determine the accomplishment of said expertise. In this way, the present work has as objective to analyze the institute of the judicial recovery of the company from the thought of Amartya Sen, from the perspective of the human development model proposed by this author, and, consequently, before the accomplishment of the previous expertise in the stage of the application for judicial recovery, a case for improvement will be presented for the judicial recovery process. In this theoretical aspect, it adopts as a methodological option the adoption of deductive reasoning, as well as the adoption of the content analysis procedure in bibliographic research. Thus, it is expected to draw the attention of legal operators to the importance of the debate on the study of the recovery process of a company in crisis.

Keywords: Human development. Development as freedom. Law nº. 11.101/2005. Company recovery in crisis. Social function of company. Prior knowledge.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO 1 –MODELO DE DESENVOLVIMENTO HUMANO DE AMARTYA SEN...14	
1.1 Considerações gerais.....	14
1.2 Modelo de desenvolvimento sob a perspectiva de Amartya Sen.....	15
1.3 Modelo de desenvolvimento em Jagdish Bhagwat.....	30
1.4 Estrutura do conceito de função social da empresa na ordem econômica.....	37
CAPÍTULO 2 – FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO PROCESSO DEREcupERAÇÃO DE EMPRESA EM CRISE NO BRASIL.....54	
2.1 Considerações gerais.....	54
2.2 Referencial teórico-doutrinário de empresário e empresa.....	54
2.3 Direito da empresa em crise: uma abordagem histórico-evolutiva.....	67
2.4 Preservação da empresa em crise: recuperação da empresa na lei 11.101/05.....	83
2.5 Da função social da empresa no processo de recuperação.....	103
CAPÍTULO 3 – RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO MODELO DE DESENVOLVIMENTO HUMANO DE AMARTYA SEN.....116	
3.1 Considerações gerais.....	116
3.2 Do procedimento de recuperação judicial da empresa em crise na lei 11.101/05.....	116
3.3 Função social da empresa no modelo de desenvolvimento de Amartya Sen.....	128
3.4 Recuperação da empresa em crise no modelo de desenvolvimento de Amartya Sen....	134
3.5 Da perícia prévia no procedimento do pedido de recuperação judicial.....	143
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	155
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	159

INTRODUÇÃO

A ordem econômica prevista no texto normativo do art. 170 da Constituição Federal, visa superar a ideia do exercício da atividade econômica enquanto um instrumento de geração de riquezas aos agentes econômicos, de maneira que, a partir dela, busca-se harmonizar os interesses da coletividade com os interesses dos exercentes da referida atividade.

Assim, em decorrência da função social da empresa na ordem econômica brasileira, há a imposição de comportamentos pela ordem jurídica ao empresário em atribuir à sua atividade econômica uma destinação que não se limite exclusivamente aos seus interesses individuais, mas que corresponda e que esteja harmonizado com os interesses da coletividade, ou seja, que a sua atividade econômica possua uma função social.

Em virtude de o exercício da atividade empresarial não estar restrito a beneficiar os interesses dos empresários, há o estímulo para a geração de empregos, tributos e riquezas para o crescimento e o desenvolvimento socioeconômico, não apenas dos empresários, mas da própria coletividade, notadamente, dos empregados, fornecedores, fisco e consumidores, beneficiando, conseqüentemente, os interesses dos empresários tanto para a aferição de lucros quanto para o crescimento e desenvolvimento da sociedade na qual a empresa está inserida.

Com isso, o desenvolvimento da atividade empresarial não se restringe aos interesses do empresário, de maneira que, em momentos de crise empresarial do referido agente econômico, o Estado deve possibilitar mecanismos jurídicos que visem à superação da referida crise. Em vista disso, por meio da Lei nº. 11.101/05, o ordenamento jurídico brasileiro instituiu a recuperação da empresa em crise para que o empresário possa superar a crise empresarial da atividade exercida, preservando a função social da empresa.

O tradicional modelo de desenvolvimento humano analisa o desenvolvimento de uma sociedade a partir de seu crescimento econômico, de modo que, visando superar o referido modelo, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) apresentou relatório de desenvolvimento humano com o qual se busca obter uma visão ampliada de desenvolvimento humano, tornando os seres humanos o objetivo central de um modelo de desenvolvimento.

Em virtude da proposta de instituição de um modelo de desenvolvimento humano que não se restrinja ao crescimento econômico, e, por conseguinte, coloque o ser humano no centro do processo de desenvolvimento, este trabalho tem como objetivo analisar o instituto da recuperação judicial da empresa no pensamento de Amartya Sen, sob a perspectiva do

modelo de desenvolvimento humano por ele proposto, sendo que, nessa vertente teórica, assume-se como opção metodológica o raciocínio dedutivo, bem como, o procedimento de análise de conteúdo em pesquisa bibliográfica.

Para tanto, em um primeiro momento, no Capítulo 1, serão analisadas as construções teóricas sobre os modelos de desenvolvimento humano propostos por Amartya Sen e Jagdish Bhagwati, estabelecendo as diferenças de abordagens entre os autores acerca da concepção de desenvolvimento humano de cada um. Em seguida, será realizada uma análise acerca da concepção de função social da empresa na ordem econômica do ordenamento jurídico brasileiro.

Continuando, o Capítulo 2 visará analisar a concepção de empresário e empresa, ao passo que, contextualizando com a noção de função social da empresa na ordem econômica, será realizada uma análise sob a perspectiva do direito da empresa em crise no Brasil. Será realizada uma pesquisa sobre o histórico evolutivo do direito da empresa em crise, para que haja o estudo em torno do pedido de recuperação judicial da empresa na n.º Lei 11.101/05 e da função social da empresa no processo de recuperação de empresa.

No Capítulo 3, será realizada uma análise do procedimento do pedido de recuperação judicial. Utilizando-se das construções teóricas desenvolvidas nos capítulos antecedentes, será realizada uma análise da função social da empresa, e por conseguinte, buscar-se-á analisar a recuperação judicial da empresa em crise sob a perspectiva do modelo de desenvolvimento humano proposto por Amartya Sen. De forma subsequente, diante da realização da perícia prévia na fase postulatória do pedido de recuperação judicial, será oferecida uma hipótese de melhoria para o processo de recuperação judicial.

Dessa maneira, será possível uma análise crítica e científica acerca do pedido de recuperação judicial, para que o sistema processual possa corresponder adequadamente às exigências que os conflitos de interesses demandam.

No mais, esta análise teórica não tem a pretensão de esgotar o tema em si mesma. Pretende-se, pelo contrário, não só trazer informações e contribuir para a discussão sobre a ampliação de instrumentos que proporcionem um melhoramento da tutela jurisdicional no âmbito das relações jurídicas e processuais em torno da recuperação judicial da empresa em crise, mas também fornecer subsídios teóricos para as atividades jurisdicional e doutrinária, especialmente àquela ocupada com a análise do instituto da recuperação judicial da empresa em crise.

CAPÍTULO 1 –MODELO DE DESENVOLVIMENTO HUMANO DE AMARTYA SEN

1.1 Considerações gerais

Em virtude do relatório de desenvolvimento humano apresentado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), visa-se superar o tradicional modelo de desenvolvimento humano no qual se verifica o desenvolvimento humano de uma sociedade enquanto crescimento econômico, e no qual, por consequência dessa visão ampliada de desenvolvimento humano, os seres humanos se tornam o objetivo central de um modelo de desenvolvimento.

No intuito de contribuir para uma análise ampliada do desenvolvimento humano, o filósofo e economista indiano Amartya Sen propõe um modelo de desenvolvimento humano que não se traduz enquanto um crescimento econômico, mas, para que haja um processo de desenvolvimento humano efetivo, as próprias pessoas devem estar no centro dele, ou seja, as pessoas são os fins do modelo de desenvolvimento seniano.

Nesse sentido, em virtude das pessoas serem os fins do processo de desenvolvimento, Amartya Sen propõe um modelo de desenvolvimento humano em que seja promovida a expansão das liberdades humanas para que as pessoas tenham a capacidade de, racionalmente, ser e fazer aquilo que valorizam e desejam, ou seja, a partir das ampliações das liberdades, elas sejam capazes de se autodeterminarem para conseguir um modo de vida que desejam.

Contrapondo-se ao modelo de desenvolvimento humano de Amartya Sen, Jagdish Bhagwati propõe um modelo de desenvolvimento humano que seja sinônimo de desenvolvimento econômico, no qual o Estado deve promover a globalização econômica. Ou seja, nesse modelo, o principal objetivo são os seus meios, de maneira que, mediante essa forma de globalização, haverá o livre mercado com a consequente integração das economias nacionais em uma economia no plano internacional.

O desenvolvimento da atividade econômica, isto é, a produção ou a circulação de bens ou de serviços, estimula a geração de empregos, tributos e gera riqueza econômica para o crescimento e o desenvolvimento socioeconômico não apenas dos detentores dos meios de produção, isto é, os empresários, mas também dos empregados, fornecedores, fisco e consumidores.

Nesse contexto, na medida em que a empresa possui relevante valor para o crescimento e desenvolvimento da sociedade na qual está inserida, há a imposição de comportamentos pela ordem jurídica ao agente econômico em atribuir à sua atividade econômica uma destinação que não se limite exclusivamente aos seus interesses individuais, mas que corresponda e que esteja harmonizada com os interesses da coletividade, ou seja, que sua atividade econômica possua uma função social.

Em vista disso, neste capítulo, serão analisadas as construções teóricas sobre os modelos de desenvolvimento humano propostos por Amartya Sen e Jagdish Bhagwati, estabelecendo as diferenças de abordagens entre os autores acerca da concepção de desenvolvimento humano de cada um. Em seguida, para a análise da função social da empresa na recuperação judicial, será realizado o estudo acerca da concepção de função social da empresa na ordem econômica prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

1.2 Modelo de desenvolvimento sob a perspectiva de Amartya Sen

O desenvolvimento humano de uma sociedade não deve ter como objetivo a mera perspectiva de uma determinada visão restrita de desenvolvimento, notadamente, o desenvolvimento econômico, mas a partir da perspectiva de Amartya Sen, o referido processo de desenvolvimento deve ter como enfoque o próprio ser humano, de modo que haja a expansão das liberdades humanas para que os membros de uma sociedade possam desfrutar de uma qualidade de vida e tenham a capacidade de viver livremente, levando o tipo de vida que desejariam.

O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais complexos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo (SEN, 2000, p. 23).

Com efeito, a análise do desenvolvimento humano^{1,2} de uma determinada sociedade não se restringe às questões específicas da vida em sociedade, e não deve ter como escopo da

¹Mostra-se oportuno destacar que o objeto de investigação é o estudo do modelo de desenvolvimento humano no pensamento de Amartya Sen. Portanto, não será realizada análise teórica sobre a concepção de desenvolvimento econômico e social.

² A fim de estabelecer uma distinção terminológica acerca das concepções de desenvolvimento humano, econômico e social para o presente trabalho, entende-se por desenvolvimento humano a concepção elaborada por Amartya Sen, isto é, o processo de expansão das capacidades humanas para que sejam pessoas volitivas, sociais

referida avaliação somente a verificação da concentração de renda ou o crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), uma vez que o critério econômico deve ser inferido como um instrumento para a ampliação das liberdades desfrutadas pelos indivíduos da sociedade (PINHEIRO, 2012, p. 8-9).

Nesse contexto, a partir desse enfoque de desenvolvimento humano, no qual as pessoas estão situadas no centro do processo de desenvolvimento, o desenvolvimento humano deixa de focar os meios pelos quais as pessoas possam obter o estilo de vida que pretendem, segundo Claudia Liliana Bedoya Abella, ao salientar que:

Este enfoque define el desarrollo humano como el proceso de ampliación de las opciones de las personas y mejora de las capacidades humanas, es decir, la diversidad de cosas que las personas pueden hacer o ser en la vida, y las libertades para que las personas puedan vivir una vida larga y saludable, tener acceso a la educación, a una vida digna, y a participar en la vida de su comunidad y en las decisiones que los afecten (ABELLA, 2010, p. 280)³.

Sendo o ser humano o escopo do modelo de desenvolvimento seniano, mediante a expansão das liberdades humanas, ou seja, implementando-se meios pelos quais haja a remoção de obstáculos que promovam a sua privação, aos indivíduos serão propiciados não somente o acesso às oportunidades econômicas, mas ainda o acesso a serviços públicos e assistenciais, direitos civis e liberdades políticas para participar e influenciar na tomada de decisões públicas.

Assim, em decorrência de o fim último do modelo de desenvolvimento de Amartya Sen ser o bem-estar da pessoa, a liberdade seniana é pensada a partir de uma ideia de autodeterminação do indivíduo para atingir ou escolher um modo de vida racionalmente. Estando o modelo associado à liberdade, a pessoa poderá obter uma qualidade de vida na qual seja possível conseguir a vida que se deseje (PINHEIRO, 2012, p. 12).

Ademais, no século XXI, verificam-se notórios avanços no desenvolvimento tecnológico. Contudo, infere-se uma assimetria existente entre as potencialidades do mundo e

e desimpedidas no conjunto de escolhas para a condução de suas vidas (SEN, 2000, p. 17-18), ao passo que por desenvolvimento econômico entende-se o processo voltado ao crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB) de um determinado país, a acumulação de riqueza em uma determinada sociedade e outras variáveis relacionadas à renda (SEN, 2000, p. 28); (KLIKSBURG, 2001, p. 32), e por conseguinte, desenvolvimento social compreende o enfrentamento de iniquidades sociais de toda ordem, isto é, gênero, raça, renda, emprego, acesso universal a bens de consumo coletivo, etc., que marcam uma determinada sociedade, sem restringi-la à dimensão única de pobreza, para a erradicação das desigualdades sociais (LAMPREIA, 1995, p. 17).

³“Esta abordagem define o desenvolvimento humano como o processo de ampliação das escolhas das pessoas e melhoradas capacidades humanas, ou seja, a diversidade de coisas que as pessoas podem fazer ou ser na vida, e as liberdades para que as pessoas possam viver uma vida longa e saudável, ter acesso à educação, a uma vida decente e a participar da vida em sociedade e das decisões que a afetem” (Tradução Nossa).

a vida cotidiana, notadamente por ainda existirem disparidades de distribuição de renda com a consequente desigualdade social entre os membros da sociedade, de tal maneira que haja inúmeras pessoas na zona da pobreza carecendo de oportunidades sociais, políticas e econômicas.

Muitas pessoas passam fome e sede. A falta de água provoca, também, a perda de 443 milhões de dias escolares, especialmente, das meninas, obrigadas que são a buscar água onde quer que seja. Tudo isso, em pleno século da inseminação artificial, da clonagem de animais, dos iPods, dos computadores portáteis, da biblioteca digital universal e outras maravilhas tecnológica (SEN; KLIKSBERG, 2010, p. 09).

Assim, sob a perspectiva de Amartya Sen, o modelo de desenvolvimento humano acerca das liberdades substantivas que os membros da sociedade exercem refere-se ao processo de expansão de liberdade de participação política, exercício dos direitos civil, oportunidades econômicas e sociais, notadamente, com o acesso aos serviços públicos de saúde e educação, de modo que as pessoas tenham a capacidade de viver mais livremente e, por sua vez, levem o tipo de vida como desejariam, isto é, mais livre e mais digna de ser vivida.

O desenvolvimento humano não se limita ao desenvolvimento econômico, ou seja, à concentração de renda ou crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), como ressalva Amartya Sen, ao expressar:

Os fins e os meios do desenvolvimento requerem análise e exame minuciosos para uma compreensão mais plena do processo de desenvolvimento; é sem dúvida inadequado adotar como nosso objetivo básico apenas a maximização da renda ou da riqueza, que é, como observou Aristóteles, “meramente útil em proveito de alguma outra coisa”. Pela mesma razão, o crescimento econômico não pode sensatamente ser considerado um fim em si mesmo. O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos (SEN, 2000, p. 29).

Nesse sentido, o modelo de desenvolvimento humano proposto por Amartya Sen torna-se relevante na medida em que a análise do crescimento econômico deixa de ser um fim a ser perquirido para a aferição do desenvolvimento humano de uma sociedade, para que a pessoa seja o seu escopo, enquanto o crescimento econômico torna-se, dentre as demais liberdades a serem promovidas e instrumentalizadas, um meio pelo qual haverá a promoção do engrandecimento humano. Por consequência disso, o modelo de desenvolvimento seniano

e o crescimento econômico não são excludentes um do outro (POMPEU; MELO, 2016, p. 189).

A partir da referida perspectiva de desenvolvimento que não se limitará à maximização de riquezas, a riqueza econômica está instrumentalizada no processo de ampliação das liberdades substanciais usufruídas pelos seres humanos, ao passo que a qualidade de vida do membro da sociedade não tem sinonímia com a concentração de renda.

Baseando-se na perspectiva do desenvolvimento como liberdade, países do Leste e do Sudeste Asiático, tais como China pré-reforma econômica de 1979, Kerela e Sri Lanka, promoveram a expansão do acesso às disposições sociais, isto é, foi implementado um processo conduzido pelo custeio público voltado para a manutenção de serviços públicos de saúde, educação básica e reformas agrárias eficazes (SEN, 2000, 37-39).

Em contraste com o desenvolvimento humano de países como Brasil, Índia e Paquistão, onde a renda per capita é superior à renda daqueles países, mas o programa de criação e desenvolvimento de disposições sociais foi lento, “a expansão de oportunidades sociais serviu para facilitar o desenvolvimento econômico com o alto nível de emprego, criando também circunstâncias favoráveis para a redução das taxas de mortalidade e para o aumento da expectativa de vida” (SEN, 2000, p. 62).

Destacando o alcance do desenvolvimento humano proposto, Rafael Cejudo Córdoba salienta que o referido modelo seniano traz uma nova perspectiva de aferição do desenvolvimento de uma sociedade, de modo que, em vez de vê-lo a partir da distribuição de renda ou da produção econômica de um país, por ter a pessoa ao seu centro, ele é inferido mediante à expansão das liberdades substantivas para que as pessoas possam ter a capacidade de ter e levar um modo de vida que desejariam. Córdoba (2007) expressa:

El enfoque de las capacidades surge en el contexto del desarrollo humano. Defiende que el desarrollo no termina en el aumento de la producción económica nacional, y que por eso su estimación mediante la renta disponible es insuficiente. El desarrollo tiene que ver, más bien, con las cosas que las personas pueden realmente hacer o ser (los llamados funcionamientos), y así con las capacidades de que disponen, entendidas como las oportunidades para elegir y llevar una u otra clase de vida. Es éste el sentido en que una sociedad desarrollada es una sociedad más libre, y en el que el desarrollo es el camino hacia una libertad mayor (CÓRDOBA, 2007, p. 10)⁴.

⁴“O enfoque das capacidades surge no contexto do desenvolvimento humano. Defende que o desenvolvimento não termina no aumento da produção econômica nacional, e que, por essa razão, sua estimativa por meio do rendimento disponível é insuficiente. O desenvolvimento tem que promover, em vez disso, meios para que as pessoas possam realmente fazer ou ser (as chamadas funcionamentos) e, portanto, com as capacidades que possuem, entendidas como oportunidades para escolher e carregar um tipo de vida ou de outra. Este é o sentido

Desse modo, considerar a expansão da liberdade enquanto um critério para a aferição do desenvolvimento humano relaciona-se a não se limitar a avaliação do progresso social a uma visão restrita de desenvolvimento, mas orientar-se por uma visão mais ampla da qualidade de vida, e portanto, não restringir a qualidade de vida da pessoa a um critério meramente voltado ao crescimento econômico.

Na virada para o século XX, a Grã-Bretanha possuía, até então, a principal economia capitalista frente às demais economias industriais avançadas – Europa e Estados Unidos. Apesar disso, ela apresentava uma expectativa de vida menor em comparação com a expectativa de vida apresentada em países considerados de baixa renda.

A expansão dos programas de custeio público na Grã-Bretanha nas áreas de nutrição, serviços de saúde etc. não ocorreu a um ritmo uniforme ao longo das décadas. Houve dois períodos de expansão notavelmente rápida das políticas orientadas para o custeio público neste século; eles aconteceram durante as duas guerras mundiais. Cada situação de guerra produziu um maior compartilhamento dos meios de sobrevivência, como os serviços de saúde e o suprimento limitado de alimentos (por meio de racionamento e alimentação subsidiada). Durante a Primeira Guerra Mundial, houve desenvolvimentos notáveis nas atividades sociais relacionadas a “compartilhar” e nas políticas públicas destinadas a obter esses compartilhamentos, como foi bem analisado por Jay Winter. Também durante a Segunda Guerra Mundial desenvolveram-se disposições sociais incomumente conducentes ao custeio público e ao compartilhamento, relacionadas à psicologia do compartilhamento da Grã-Bretanha sitiada, que tornam aceitáveis e eficazes essas medidas públicas radicais para a distribuição de alimentos e serviços de saúde. Até mesmo o National Health Service [Serviço Nacional de Saúde] foi instituído durante aqueles anos de guerra (SEN, 2000, p. 67).

Em virtude do processo de custeio público implementado pela Grã-Bretanha no ínterim das duas Guerras Mundiais para o desenvolvimento de disposições sociais voltadas para os serviços de saúde e nutrição, inclusive com a criação do Serviço Nacional de Saúde (National Health Service), segundo aponta Amartya Sen (2000), houve um aumento na expectativa de vida dos membros da referida sociedade, de modo que, além da redução da mortalidade, ainda ocorreu a diminuição no índice de subnutrição, desaparecendo quase que por completo.

Enquanto única fonte para a promoção do desenvolvimento humano, o crescimento econômico mascara as desigualdades sociais, inclusive aquelas relativas a grupos étnicos e

em que uma sociedade desenvolvida é uma sociedade mais livre e em que o desenvolvimento é o caminho para uma maior liberdade” (Tradução Nossa).

sociais de um mesmo Estado, e, em decorrência da ausência de liberdades instrumentais e substantivas para as pessoas possuírem uma melhor qualidade de vida, o próprio crescimento econômico é dificultado diante de tais circunstâncias (POMPEU; MELO, 2016, p. 197-199).

Nesse sentido, tanto no caso da Grã-Bretanha quanto no caso apresentado acerca dos países do Leste e Sudeste Asiático, o aumento da expectativa de vida não residiu em fatores relativos ao desenvolvimento econômico, mas pelas mudanças e investimentos realizados por esses Estados para o desenvolvimento de disposições sociais voltadas para o custeio de serviços públicos de saúde, educação básica e nutrição, isto é, a partir da perspectiva do desenvolvimento como liberdade, ocorreu o aumento na expectativa de vida das pessoas.

Dessa maneira, por meio de políticas públicas a serem implementadas pelo Estado, visando a expansão das liberdades substantivas e capacidades humanas, o desenvolvimento como liberdade não apenas promove a valorização de uma vida boa sob a ótica da busca da mais-valia, ou seja, ele não possui sinonímia com desenvolvimento econômico, mas também, com a expansão das liberdades no pensamento de Amartya Sen, “permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo” (SEN, 2000, p. 29).

Portanto, tendo o desenvolvimento como escopo a expansão das liberdades humanas globais, ou seja, serem-lhe-ão eliminados os obstáculos que limitam o progresso das liberdades no exercício dos direitos civis, de participação política, bem como oportunidades econômicas e sociais, será possibilitado ao indivíduo desfrutar das liberdades de modo que haja uma concepção de vida na qual ele seja um ser volitivo, social e desimpedido na condução de sua vida, estando ele na condição de agente⁵.

O modelo de desenvolvimento humano proposto por Amartya Sen é alicerçado em três elementos que se relacionam mutuamente. Segundo Cláudia Liliana Bedoya Abella (2010, p. 278), “liberdades, capacidades y agencia; a partir de estos conceptos se configura una perspectiva del desarrollo fundada en la idea del aumento de la riqueza de la vida humana en lugar de la riqueza de la economía en la que las personas viven”⁶.

⁵A concepção do termo *agente* deve ser compreendida sob a ótica dos estudos desenvolvidos por Amartya Sen, segundo a qual o agente é “alguém que age e ocasiona mudança e cujas realizações podem ser julgadas de acordo com seus próprios valores e objetivos, independentemente de as avaliarmos ou não também segundo algum critério externo. Este estudo ocupa-se particularmente do papel da condição de agente do indivíduo como membro do público e como participante de ações econômicas, sociais e políticas (interagindo no mercado e até mesmo envolvendo-se, direta e indiretamente, em atividades individuais ou conjuntas na esfera política ou em outras esferas)” (SEN, 2000, p. 33).

⁶ “Liberdades, capacidades e agência; a partir desses conceitos, uma perspectiva de desenvolvimento é formada com base na ideia de aumentar a riqueza da vida humana em vez da riqueza da economia em que as pessoas vivem” (Tradução Nossa).

Em seu primeiro elemento, na medida em que são consideradas as peculiaridades de cada pessoa, a promoção das liberdades individuais possibilita que o ser humano desenvolva suas capacidades para o exercício da condição de agente, de maneira que possa fazer ou ser o que deseje em sua vida e possa eleger um determinado modo de vida. Assim, Amartya Sen (2000, p. 33) salienta que “ter mais liberdade melhora o potencial das pessoas para cuidar de si mesmas e para influenciar o mundo”.

Nesse contexto, as liberdades individuais desempenham dois papéis distintos no modelo de desenvolvimento humano seniano, ou seja, há um papel avaliativo (ou constitutivo), no qual elas constituem o fim último do processo de desenvolvimento, e um papel instrumental, em que as liberdades se tornam instrumentos para o desenvolvimento humano.

Nesta abordagem, a expansão da liberdade é considerada (1) *o fim primordial* e (2) *o principal meio* do desenvolvimento. Podemos chamá-los, respectivamente, o “papel constitutivo” e o “papel instrumental” da liberdade no desenvolvimento. O papel constitutivo relaciona-se à importância da liberdade substantiva no enriquecimento da vida humana. As liberdades substantivas incluem capacidades elementares, como por exemplo ter condições de evitar privações como a fome, a subnutrição, a morbidez evitável e a morte prematura, bem como as liberdades associadas, a saber, ler e fazer cálculos aritméticos, ter participação política e liberdade de expressão etc. Nessa perspectiva constitutiva, o desenvolvimento envolve a expansão dessas e de outras liberdades básicas: é o processo de expansão das liberdades humanas, e a sua avaliação tem de basear-se nessa consideração (SEN, 2000, p. 52)(grifo do autor).

No âmbito do modelo de desenvolvimento como liberdade, a liberdade exerce um fim para o referido desenvolvimento, isto é, o papel constitutivo objetiva expandi-la para a promoção do desenvolvimento humano, propiciando, conseqüentemente, a melhoria da qualidade de vida, enquanto que, relacionando-se entre si, as liberdades instrumentais serão meios para a concretização de seu escopo constitutivo (ABELLA, 2010, p. 285); (PRECIPITO, 2014, p. 70).

Diante das atribuições das liberdades no processo de desenvolvimento proposto por Amartya Sen, será propiciada uma classificação entre liberdades, ou seja, liberdades substanciais e liberdades instrumentais, segundo destaca Maurício Mota Saboya Pinheiro, ao expressar:

A distinção entre os papéis avaliativo e instrumental das liberdades, ao se basear na distinção mais fundamental entre os meios e os fins do desenvolvimento, apontam para a distinção conceitual entre as liberdades

substantivas e as liberdades instrumentais. *Liberdades substantivas são aquelas que enriquecem nossas vidas e que queremos atingir como fins, ao passo que as instrumentais são os meios para atingir aqueles fins. Por exemplo, para atingir a liberdade substantiva de ter boa saúde, eu busco as liberdades instrumentais de me alimentar bem, repousar, fazer exercícios físicos, viver em um lugar livre de poluição, etc.* (PINHEIRO, 2012, p. 15)(grifo nosso).

Dessa maneira, o valor da liberdade como princípio organizador para a realização do desenvolvimento tem como consequência ensejar que os membros de uma sociedade estejam na condição de agentes ativos, de maneira que às pessoas dos diferentes segmentos da sociedade – e não apenas os socialmente privilegiados – haja a expansão das capacidades humanas para que sejam pessoas volitivas, sociais e desimpedidas no conjunto de escolhas para a condução de suas vidas.

Em vista da perspectiva da liberdade instrumental, Amartya Sen identifica cinco espécies distintas de liberdades instrumentais que contribuem, seja de modo direto, seja de modo indireto, para o desenvolvimento da liberdade em sua ótica constitutiva.

Considerarei em particular os seguintes tipos de liberdades instrumentais: (1) liberdades políticas, (2) facilidades econômicas, (3) oportunidades sociais, (4) garantias de transparência e (5) segurança protetora. Essas liberdades instrumentais tendem a contribuir para a capacidade geral de a pessoa viver mais livremente, mas também têm o efeito de complementar umas às outras (SEN, 2000, p. 55).

Baseando-se no modelo de desenvolvimento humano de Amartya Sen, a partir do qual infere-se a expansão das liberdades humanas para a determinação do êxito de uma sociedade, para a referida ascensão, as liberdades instrumentais serão o meio pelo qual se atingirá o escopo desse modelo de desenvolvimento, pois elas não se excluem umas das outras para a expansão das liberdades constitutivas, mas se complementam umas às outras, possuindo uma inter-relação entre si.

Desse modo, segundo salienta Amartya Sen (2000, p. 57), “essas liberdades instrumentais aumentam diretamente as capacidades das pessoas, mas também se suplementam mutuamente e podem, além disso, reforçar umas às outras”.

Nesse diapasão, incluindo-se também os direitos civis, as liberdades políticas são concebidas como as oportunidades propiciadas às pessoas de poderem participar e influenciar na tomada das decisões públicas, possuindo liberdade de expressão política, com o direito do exercício de voto, bem como uma imprensa sem censura e a possibilidade de fiscalizar as autoridades no exercício do *munus público* (ABELLA, 2010, p. 285).

O exercício dos direitos políticos e civis possibilitam que determinada sociedade possa, de maneira substancial, influenciar nas discussões públicas para que haja escolhas refletidas e fundamentadas, ao passo que, no exercício desses direitos, é possibilitado ao indivíduo comunicações e diálogos abertos.

Os direitos políticos e civis dão às pessoas a oportunidade de chamar a atenção eficazmente para as necessidades gerais e exigir a ação pública apropriada. A resposta do governo ao sofrimento intenso do povo frequentemente depende da pressão exercida sobre esse governo, e é nisso que o exercício dos direitos políticos (votar, criticar, protestar, etc.) pode realmente fazer a diferença (SEN, 2000, p. 178).

Desse modo, a pessoa deixa de estar na condição de paciente, isto é, retira a sua condição de uma pessoa passiva perante os assuntos sociais e políticos, para uma atuação na qual ela será uma agente ativa, engajada no diálogo público voltado para os processos de geração de instrumentos para a promoção da mudança social (POMPEU; MELO, 2010, p. 25).

Nesse contexto, Amartya Sen (2000) salienta a importância do exercício desses direitos para a avaliação e proposição de soluções para problemas sociais. A partir do diálogo público, inferiu-se que houve um declínio da taxa de fecundidade nos Estados indianos, uma vez que foram promovidas discussões nas quais foram destacados os efeitos danosos das taxas altas de fecundidade na vida das mulheres, sobretudo às jovens, e à comunidade.

Assim, haja vista a concepção de que uma família feliz apresenta sinonímia com a de uma família pequena, e semelhante aos índices da França e Grã-Bretanha, e inferior à China, no Estado de Kerela, a taxa de fecundidade era de 1,7 (SEN, 2000).

As facilidades econômicas, por sua vez, representam a possibilidade que as pessoas possuem em utilizar a sua renda para o consumo, produção ou troca, do modo como elas desejam (PINHEIRO, 2010, p. 16).

No entanto, na medida em que o processo de desenvolvimento econômico promove o aumento de renda e riqueza de um país, isso é refletido no aumento do poderio econômico do indivíduo ou de sua família (*intitulentoseconômicos da população*), e por conseguinte, a distribuição das rendas geradas possui importância para que todos tenham um efetivo acesso às facilidades econômicas, ou seja, aos intitulentos econômicos (SEN, 2000, p. 56).

A deficiência de intitulentos pode acarretar, por exemplo, fome coletiva de diversas maneiras, seja pelo declínio na produção de alimentos, seja pela ausência de condições financeiras para arcar com os custos dos alimentos, enquanto as pessoas passam

fome em virtude da ausência de intitamentos para obter a quantidade adequada de alimentos para a sua sobrevivência.

Um exemplo de ocorrência de fome coletiva apesar de um pico na disponibilidade de alimentos é a fome coletiva de Bangladesh de 1974. Ela aconteceu em um ano em que houve uma disponibilidade per capita de alimentos *maior* do que em qualquer outro ano entre 1971 a 1976 (ver gráfico 7.1). A fome aguda começou com o desemprego regional causado por inundações, que afetaram a produção de alimentos muitos meses mais tarde, na época da colheita, que foi reduzida (principalmente por volta do mês de dezembro), porém a fome coletiva aconteceu anteriormente, e terminou bem antes de as culturas amadurecerem para a colheita. As inundações acarretaram uma privação de renda *imediate* dos trabalhadores com a transplantação do arroz e atividades relacionadas, que lhes teriam fornecido os recursos para comprar comida. (SEN, 2000, p. 194)(grifo do autor)

Diante disso, à época, sem que houvesse a redução na produção de alimentos, a fome coletiva de Bangladesh decorreu do desemprego ocasionado pelas inundações das colheitas, uma vez que as pessoas ficaram desempregadas, e, em consonância com a ausência de um sistema de seguridade social que pudesse fornecer recursos, houve um aumento exacerbado no preço do arroz às vistas da possibilidade de futura escassez de alimentos.

Nesse sentido, essa fome coletiva decorreu da ausência de poder aquisitivo para a aquisição de alimentos que, não obstante estivessem disponíveis no mercado de consumo, apresentavam preços que impossibilitavam a aquisição de quantidades adequadas para a sobrevivência.

As oportunidades sociais são as disposições propiciadas às pessoas para que elas tenham um acesso pleno aos serviços públicos de saúde, nutrição, educação e outras condições de vida humana. Nesse sentido, ressalta Amartya Sen, ao expressar:

Essas facilidades são importantes não só para a condução da vida privada, (como por exemplo levar uma vida saudável, livrando-se de morbidez evitável e da morte prematura), mas também para uma participação mais efetiva em atividades econômicas e políticas. Por exemplo, o analfabetismo pode ser uma barreira formidável à participação em atividades econômicas que requeiram produção segundo especificações ou que exijam rigoroso controle de qualidade (uma exigência sempre crescente no comércio globalizado). De modo semelhante, a participação política pode ser tolhida pela incapacidade de ler jornais ou de comunicar-se por escrito com outros indivíduos envolvidos em atividades políticas (SEN, 2000, p. 56).

Desse modo, mediante a promoção das vertentes das oportunidades sociais, a consequência disso é, de um lado, o melhoramento na qualidade de vidas das pessoas, uma

vez que terão acesso efetivo à saúde e à educação, e por conseguinte, influenciar-se-á, ainda, no desenvolvimento econômico de uma sociedade, e, por outro lado, a exclusão do analfabetismo como um obstáculo para as pessoas participarem de atividades envolvendo questões econômicas e políticas para as quais são exigidas determinadas qualificações para a referida participação (PINHEIRO, 2012, p. 16); (POMPEU; MELO, 2016, p. 25).

Conforme Amartya Sen (2000), não obstante o déficit econômico em Kerela, na Índia, nos anos de 1990, houve uma redução significativa da pobreza de renda em relação aos demais estados indianos, mas, para tanto, em vez de elevar o crescimento econômico, foram desenvolvidos projetos de custeio público para a expansão da educação básica, serviços de saúde e reforma agrária para a redução da miséria. Assim sendo, ao contrário do que aconteceu em alguns outros estados da Índia, em que foi privilegiada a expansão econômica, em Kerela foi realizada a implementação de disposições sociais ao povo indiano, sucedendo, conseqüentemente, o crescimento econômico dos membros dessa sociedade.

As garantias de transparência visam disponibilizar ao indivíduo e à sociedade um instrumento por meio do qual lhes sejam disponibilizadas informações de questões que venham afetar adversamente o dia a dia de suas vidas, de maneira que “essas garantias têm um claro papel instrumental como inibidores da corrupção, da irresponsabilidade financeira e de transações ilícitas” (SEN, 2000, p. 56).

A segurança protetora, para Amartya Sen, tem como objetivo proporcionar uma segurança social aos membros da sociedade que estejam em situação de vulnerabilidade, impedindo que eles não sejam conduzidos a uma situação de miserabilidade, ou então, levados à morte por insuficiência de renda ou de oportunidades sociais. Assim, salienta Amartya Sen:

A esfera da segurança protetora inclui disposições institucionais *fixas*, como benefícios aos desempregados e suplementos de renda regulamentares para os indigentes, bem como medidas *ad hoc*, como distribuição de alimentos em crise de fome coletiva ou empregos públicos de emergência para gerar renda para os necessitados (SEN, 2000, p. 57)(grifo do autor).

Portanto, por meio da segurança protetora disponibilizada pelo Estado, visa-se impedir que a falta de acesso aos intitulentos econômicos por determinados indivíduos de uma sociedade os conduzam a uma situação de vulnerabilidade social capaz de resultar na formação de crises coletivas de fome, uma vez que é um instrumento que inibe a prática de infrações penais na busca ao acesso dos bens de consumo para sustentar a si próprio, ou então, para o sustento de sua família.

Baseando-se esse modelo de desenvolvimento não apenas na renda ou na riqueza, mas na liberdade, a concepção da expansão das liberdades substanciais é abordada por Amartya Sen tanto como uma consequência do aspecto do *processo* que propicia as liberdades de ações e decisões quanto do aspecto das *oportunidades* de escolhas que as pessoas possuem na vida em sociedade.

A privação de liberdade pode surgir em razão de processos inadequados (como a violação do direito ao voto ou de outros direitos políticos e civis), ou de oportunidades inadequadas que algumas pessoas têm para realizar o mínimo do que gostariam (incluindo a ausência de oportunidades elementares como a capacidade de escapar de morte prematura, morbidez ou fome involuntária) (SEN, 2000, p. 31).

Com efeito, o aspecto da oportunidade constitui a existência de alternativas de escolha do indivíduo, ao passo que o aspecto do processo representa circunstâncias e contextos que levam esse indivíduo a poder escolher, de modo que os referidos aspectos são interdependentes, e por consequência disso, em um mesmo cenário fático, à pessoa que tiver violada a sua liberdade poderá ser verificada a privação da liberdade-oportunidade, isto é, a existência de uma oportunidade, ou então, a opressão da liberdade-processo, ou ambos os aspectos (PINHEIRO, 2012, p. 17-18)⁷.

Em virtude de a concepção de desenvolvimento humano de Amartya Sen ser um processo de expansão das liberdades de que as pessoas desfrutam, em vez de focar apenas nos meios de promoção do desenvolvimento, ter-se-á um foco nos fins para se obtê-lo, de maneira que, segundo Claudia Lilliana Bedoya Abella (2010, p. 284), devem ser eliminadas as fontes de privação de liberdade, isto é, “la pobreza y latiranía, la escasez de oportunidades económicas y las privaciones sociales sistemáticas, el abandono en la prestación de los servicios públicos y la intolerancia o el exceso de intervención de los Estados represivos”⁸.

A abordagem da análise do desenvolvimento humano tende a se concentrar em indicadores de desenvolvimento limitados, como a concentração de renda per capita, ou então a expansão do Produto Nacional Bruto (PNB). Ou seja, a tradição do referido

⁷A fim de ilustrar a diferença entre os aspectos da oportunidade e processo para o desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen, Maurício Mota Saboya Pinheiro destaca: “para ilustrar essa diferença, seja o exemplo de uma pessoa que passa fome. Ela pode ser privada da liberdade de se alimentar adequadamente, seja porque não há comida disponível (falta de oportunidades), seja porque o sistema de distribuição de alimentos não opera adequadamente (processos inadequados). Em geral, as fontes de privação das liberdades individuais (morte prematura, doenças evitáveis, fome crônica, desnutrição, analfabetismo etc.) podem provir da falta de oportunidades, dos processos inadequados ou de ambos” (PINHEIRO, 2012, p. 18).

⁸ “A pobreza e a tirania, a escassez de oportunidades económicas e a privação social sistemática, o abandono da prestação de serviços públicos e a intolerância ou intervenção excessiva de Estados repressores” (tradução nossa).

desenvolvimento se traduz no crescimento econômico, ao passo que, sob a ótica do desenvolvimento como liberdade, o enfoque são as liberdades substantivas para que as pessoas tenham capacidade de ter opções de escolhas para levar a vida que elas desejariam.

Vejamos um exemplo. Se a educação torna uma pessoa mais eficiente na produção de mercadorias, temos então claramente um aumento do capital humano. Isso pode acrescer o valor da produção na economia e também a renda da pessoa que recebeu educação. Mas até com o mesmo nível de renda uma pessoa pode beneficiar-se com a educação – ao ler, comunicar-se, argumentar, ter condições de escolher estando bem informada, ser tratada com mais consideração pelos outros, etc. Os benefícios da educação, portanto, excedem seu papel como capital humano na produção de mercadorias. A perspectiva mais ampla da capacidade humana levaria em consideração – e valorizaria – esses papéis adicionais também (SEN, 2000, p. 332-333).

Na análise contemporânea utilizada para a abordagem do desenvolvimento humano de uma determinada sociedade, o escopo é verificar a acumulação de capital, ou seja, a visão de desenvolvimento é orientada para uma ótica na qual o indivíduo é um capital humano, cuja atuação é pautada na maximização de riquezas, de maneira que as pessoas se tornam os meios de aumento da produção econômica.

No modelo de desenvolvimento humano proposto por Amartya Sen, o enfoque está na expansão das liberdades humanas, uma vez que o comprometimento social com a liberdade substantiva possibilita a promoção da capacidade humana para a eleição de um modo de vida, de tal maneira que lhe será aumentado o conjunto de escolhas disponíveis para que as pessoas levem uma vida mais livre e digna de ser vivida.

O segundo elemento que compõe o modelo de desenvolvimento humano de Amartya Sen trata-se das capacidades que as pessoas dispõem em decorrência da existência de liberdades-oportunidades e liberdades-processos para eleger e levar determinado modo de vida a partir de suas próprias escolhas, como destaca Rafael Cejudo Córdoba, ao expressar:

Tanto el contenido del concepto, como múltiples declaraciones de Sen al respecto, dejan clara su consideración de que las capacidades son una forma de entender la libertad. Por consiguiente, argumentaré que la filosofía social de Sen apunta hacia una teoría de la *libertad como capacidad* (en adelante, *LC*) que persigue ser válida interculturalmente.

El enfoque de las capacidades surge en el contexto del desarrollo humano. Defiende que el desarrollo no termina en el aumento de la producción económica nacional, y que por eso su estimación mediante la renta disponible es insuficiente. El desarrollo tiene que ver, más bien, con las cosas que las personas pueden realmente hacer o ser (los llamados *funcionamientos*), y así con las *capacidades* de que disponen, entendidas

como las oportunidades para elegir y llevar una u otra clase de vida. Es éste el sentido en que una sociedad desarrollada es una sociedad más libre, y en el que el desarrollo es el camino hacia una libertad mayor (CÓRDOBA, 2007, p. 10)(grifo do autor)⁹.

Nesse sentido, o conjunto de capacidades de uma pessoa para que ela possa eleger um modo de vida decorre das liberdades que ela possui, possibilitando-lhe escolher uma dentre as diversas oportunidades de escolha. Por conseguinte, as capacidades representam a liberdade de eleger os modos de vida (ABELLA, 2010, p. 284).

Ademais, para o fomento das capacidades humanas¹⁰, elas estão interligadas com as especificidades de cada pessoa, haja vista que são levadas em consideração as peculiaridades de cada um, isto é, as condições sociais, as necessidades físicas, bem como o respectivo modo de vida para que esse modelo de desenvolvimento não apresente resultados abstratos (POMPEU; MELO, 2016, p. 201-202), ou seja, para que ele se torne um modelo de desenvolvimento humano simbólico, que não produz resultados para a sociedade.

Desse modo, levando em consideração as características de cada indivíduo, e portanto, não sendo abstrata em sua aplicabilidade, a promoção das liberdades instrumentais promove as liberdades substantivas, ao passo que, a partir disso, ter-se-á como consequência, o desenvolvimento das capacidades humanas para que as pessoas possam escolher e levar um tipo de vida que desejam, para a promoção do desenvolvimento humano como liberdade.

⁹“Tanto o conteúdo do conceito quanto as múltiplas afirmações de Sen a respeito deixam claro sua consideração de que as capacidades são uma maneira de entender a liberdade. Portanto, argumentarei que a filosofia social de Sen aponta para uma teoria da liberdade como uma capacidade (doravante denominada LC) que procura ser válida interculturalmente.

A abordagem das capacidades surge no contexto do desenvolvimento humano. Defende que o desenvolvimento não termina no aumento da produção econômica nacional, e que por isso sua estimação por meio do rendimento disponível é insuficiente. O desenvolvimento tem a ver com as coisas que as pessoas podem realmente fazer ou ser (os denominados funcionamentos) e, portanto, com as capacidades que possuem, entendidas como as oportunidades de escolher e levar um tipo de vida ou de outra. Esse é o sentido em que uma sociedade desenvolvida é uma sociedade mais livre e em que o desenvolvimento é o caminho para uma maior liberdade” (Tradução Nossa).

¹⁰Enfatizando a abordagem do trabalho de Martha Nussbaum sobre o conjunto de capacidades humanas, que dialoga com as capacidades do modelo de desenvolvimento humano seniano, Gina Vidal Marcílio Pompeu e Rafael Veras Castro Melo destacam que o referido autor especifica capacidades mínimas sem as quais as pessoas não poderiam ter uma vida digna, ou seja, “1) direito à vida, que consiste em ter uma vida de duração normal, sem morrer prematuramente; 2) saúde corporal, tendo uma vida com bem-estar e possibilidade de reprodução; 3) integridade corporal, com a possibilidade de se mover de um lugar para outro, sem ser vítima de violência; 4) direitos aos sentidos, emoções e pensamentos; 5) direito às emoções, ou seja, de ter vínculos afetivos com as pessoas que se valoriza; 6) direito à razão prática, o qual permite a formação de um conceito próprio de bem através da liberdade de consciência; 7) direito à afiliação, possibilidade de se relacionar com outras pessoas, seja no ambiente de trabalho ou pessoal, independentemente de raça, sexo ou religião; 8) capacidade de viver com outras espécies, com animais, plantas e com o mundo da natureza; 9) capacidade para o lazer, ou seja, para desfrutar do ócio como lhe convier; 10) capacidade para o controle de seu entorno, seja ele político, de tomar suas decisões políticas livremente ou mesmo de propriedade, de usar seus bens materiais como quiser e ter possibilidade de buscar bens materiais igual as outras pessoas” (POMPEU; MELO, 2016, p. 202-203).

A par da concepção de capacidades humanas, a sua concretização ocorre por meio dos funcionamentos, isto é, as atividades de uma pessoa em racionalmente definir o que pode fazer ou ser, segundo destaca Maurício Mota Saboya Pinheiro:

Um dos conceitos mais importantes da abordagem das capacidades humanas é o de funcionamento. Baseado na noção grega de *areté* (areth, virtude), trata-se da noção mais primitiva da rede conceitual, porque ela não se define diretamente com base em qualquer outra noção da rede. O termo “funcionamento” refere-se a atividades ou estados que uma pessoa pode racionalmente valorizar fazer ou ser, tais como “estar bem nutrido”, “ser saudável”, “estar livre da malária”, “participar ativamente da vida em comunidade”, “ter autoestima”, etc. (PINHEIRO, 2012, p. 19)(grifo do autor)

Dessa maneira, ser livre é ser capaz, mas para que a pessoa seja capaz de definir um modo de vida, ela precisa ser capaz de funcionar, ou seja, os funcionamentos compreendem as condutas que uma pessoa pode realizar, ou então, em decorrência da promoção de sua liberdade, o que ela pode fazer ou ser em circunstâncias ensejadas pela referida promoção, de tal modo que os funcionamentos propiciarão um panorama acerca da vida de uma pessoa para que sejam analisadas as suas necessidades, e por sua vez, o seu bem-estar¹¹. Assim, a capacidade de uma pessoa para eleger a vida que ela deseja é instrumentalizada mediante os funcionamentos, e, portanto, o conceito de capacidade é derivado do de funcionamentos (CÓRDOBA, 2007, p. 13).

O terceiro elemento que compõe o modelo de desenvolvimento humano de Amartya Sen trata-se da liberdade de agência, cuja compreensão decorre da promoção da liberdade a partir do qual será possibilitado que a pessoa desenvolva a capacidade para fazer ou ser o que deseja em sua vida, e, por consequência disso, ter-se-á um indivíduo na sociedade que terá a capacidade de tomar iniciativas. Assim, a liberdade de agência refere-se à pessoa na condição de agente, ou seja, tornar-se um ser volitivo, social e desimpedido na condução de sua vida (TUBINO, s/n, p. 5).

Nesse sentido, ter liberdade de agência significa dizer que a pessoa está na condição de agente. Segundo destaca Maurício Mota Saboya Pinheiro (2012, p. 14), “agente é todo aquele que ocasiona uma mudança no ambiente com a sua ação livre e racional. [...] Assim, a

¹¹ Acerca do bem-estar da pessoa no modelo de desenvolvimento humano de Amartya Sen, sob à perspectiva da teoria do utilitarismo, Cláudia Liliana BedoyaAbella (2010, p. 283) destaca, “Sen considerará inadequado reduzir todo o valor do bem-estar ao valor dos estados mentais de prazer, felicidade ou satisfação. Um elemento subjetivo que não pode se encarregar do conceito de bem-estar. Sua opinião é que os bens são valiosos como meio para outros propósitos, onde o importante não é o que é possuído, mas o tipo de vida que é carregada. Os diferentes tipos de coisas que são alcançados com as posses é o que Sen chama de “realizações” e é o conjunto de realizações que indica a maneira pela qual se é”. (tradução nossa)

condição de agente [*agency*] é a capacidade de livre agir das pessoas segundo os seus próprios fins e normas”.

Assim sendo, a partir do processo de expansão de liberdade, as pessoas têm a capacidade de viver mais livremente, levando o tipo de vida como desejariam, e como consequência dessa capacidade, elas serão vistas como agentes de seus próprios destinos, para que, em decorrência da liberdade, tenham a capacidade de tomar iniciativas para promover uma vida livre e mais digna de ser vivida.

Diante disso, em um país não deve ser promovido o crescimento para depois aplicar o desenvolvimento humano, pois, na medida em que crescimento e desenvolvimento são implementados concomitantemente, o crescimento econômico ficará facilitado, uma vez que os agentes terão maiores possibilidades de participar do processo desenvolvimentista. Portanto, a partir do modelo de desenvolvimento humano de Amartya Sen, existem evidências empíricas de que a renda, por si só, não deve ser um instrumento para aferir o padrão de vida de uma pessoa, mas a capacidade do indivíduo em ter oportunidades para definir, racionalmente, o seu próprio padrão de vida (POMPEU; MELO, 2016, p. 201); (PINHEIRO, 2012, p. 29)¹².

Portanto, um modelo de desenvolvimento não significa a utilização de processos voltados apenas ao crescimento econômico, notadamente, porque esse critério mascara as desigualdades sociais. Assim, em Amartya Sen, um modelo de desenvolvimento humano efetivo deve colocar o ser humano em seu escopo, ou seja, ele deve estar no centro do processo de desenvolvimento, tornando o crescimento econômico uma das várias condições para o desenvolvimento humano.

Em vista disso, na medida em que o modelo de desenvolvimento humano apresenta a pessoa em sua finalidade, o referido modelo visa à expansão das liberdades humanas para que elas tenham a capacidade de fazer ou ser, racionalmente, o que desejam em suas vidas, e por consequência disso, promover-se-ão pessoas na condição de agentes, em vez de pacientes que são passivos perante os assuntos sociais e políticos, bem como em um ambiente de mudança de sua própria vida.

Desse modo, ao promover as liberdades humanas, propiciando que as pessoas tenham a capacidade para, racionalmente, autodeterminar-se na condução de sua vida, ter-se-ão pessoas na sociedade com a capacidade de tomar iniciativas. Em consequência da expansão

¹²Segundo Gina Vidal Marcílio Pompeu e Rafael Veras Castro Melo (2016, p. 201), “uma pessoa com mais educação tem maiores possibilidades de ingressar no mercado de trabalho e oferecer serviço qualificado, com o qual pode incrementar situação econômica de sua família”.

das liberdades, as pessoas estarão na condição de agentes, sendo elas volitivas, sociais e desimpedidas na condução de suas vidas.

1.3 Modelo de desenvolvimento humano em JagdishBhagwat

No intuito de promover um modelo de desenvolvimento humano que corresponda às exigências de uma determinada sociedade, contrapondo-se ao modelo de desenvolvimento humano de Amartya Sen, Jagdish Bhagwati apresenta um modelo de desenvolvimento no qual, para a concretização do referido objetivo, deve ser promovida a globalização econômica com a consequente existência de um livre-mercado.

A globalização econômica consiste na integração das economias nacionais em uma economia internacional através do comércio, do investimento estrangeiro direto (por parte de corporações e multinacionais), fluxos de capital de curto prazo, fluxo internacional de trabalhadores e pessoas em geral, e fluxos de tecnologia (BHAGWATI, 2004, p. 3-4).

Com efeito, segundo destaca Elena Steliana Baran (2007, p. 174), Jagdish Bhagwati apresenta uma visão sobre a globalização econômica na qual ela não é responsável pelo aumento dos índices de pobreza nos países pobres, mas um instrumento que possibilitará a redução da pobreza, de modo que, com a existência de uma maior liberdade de comércio, agentes econômicos, notadamente, as multinacionais, desenvolverão suas atividades em tais países, e, conseqüentemente, haverá a criação de novos postos de empregos. Assim, tornando-se um fenômeno importante para a promoção do bem-estar material para as nações do mundo.

Ademais, sob a perspectiva do modelo de desenvolvimento de Jagdish Bhagwati, em virtude da face humana que ele possui, a partir de implementação da globalização econômica, ter-se-ão bons resultados nos aspectos social, político, cultural e econômico de um país, de tal maneira que, por exemplo, mediante políticas adicionais, a globalização econômica propiciará na redução de trabalho infantil (BHAGWATI, 2004, p. 34).

Em suma, o modelo de desenvolvimento humano proposto por Amartya Sen não se traduz enquanto um sinônimo de crescimento econômico, ou seja, para que haja o desenvolvimento humano, as pessoas devem estar no centro dele, de maneira que elas são os fins do referido modelo de desenvolvimento, ao passo que o modelo de desenvolvimento humano proposto por Jagdish Bhagwati possui sinonímia com crescimento econômico, isto é, ao ser promovida a globalização econômica com o consequente livre mercado, para Jagdish

Bhagwati, ter-se-á um modelo de desenvolvimento que corresponda às exigências do viver em sociedade.

Diante da implementação da globalização econômica propiciara existência de um livre comércio, a partir de 1951, houve a implementação de uma política voltada ao crescimento econômico indiano para obter a redução dos índices de pobreza e aumentar a renda dos 30% mais pobres. Nesse sentido, conclui Jagdish Bhagwati, ao expressar:

Em resumo, meu conselho – que devo chamar sem falsa modéstia de hipótese e receita Bhagwati – foi no sentido de que o crescimento precisava ser a estratégia principal(embora, como observo mais à frente, não a única para elevar a renda, e, conseqüentemente, o consumo e o padrão de vida, dos pobres.

Dentro desse conceito, o crescimento não representava uma estratégia passiva de conta-gotas para ajudar os pobres, mas uma estratégia ativa e propulsora (BHAGWATI, 2004, p. 61).

De acordo com Jagdish Bhagwati, a partir de um modelo de desenvolvimento humano cujo objetivo seja a realização do crescimento econômico, o efeito do livre comércio sobre a pobreza será expressivo, pois haverá uma relação sucessiva entre este e a redução da pobreza, ou seja, o livre comércio é um instrumento que estimulará o crescimento, pois esse mesmo crescimento será um meio para que haja a redução dos índices de pobreza (BARAN, 2007, p. 174); (BHAGWATI, 2004, p. 60).

Ademais, para a perspectiva do modelo de desenvolvimento proposto por Jagdish Bhagwati, a partir de estudos realizados pelo Banco Mundial em 2001, na medida em que se melhora o acesso dos pobres aos investimentos no mercado de capital, ele permitirá não apenas o crescimento econômico, mas também será um mecanismo de promoção da igualdade entre pobres e ricos ao acesso a investimentos (BHAGWATI, 2004, p. 66).

Dessa maneira, para o modelo de desenvolvimento humano proposto, a globalização econômica com a liberalização do mercado será a principal responsável não apenas pelo crescimento econômico de um país e da renda da sua população, mas por reduzir os índices de pobreza nos países pobres, auxiliando, por sua vez, na redução das desigualdades socioeconômicas entre ricos e pobres, e, conseqüentemente, melhorando a qualidade de vidas das pessoas.

Pelo êxito de seu modelo de desenvolvimento humano, no qual a globalização econômica com o conseqüente livre mercado é próspera para um determinado país e para a sua população, mesmo sob à ótica de outras áreas do conhecimento humano, é possível verificar,

principalmente, a associação do crescimento econômico enquanto causa e efeito para a redução da pobreza, conforme expressa Jagdish Bhagwati:

Assim, com a habitual advertência de que nas ciências sociais raramente é possível estabelecer um grau de confiabilidade para o próprio argumento similar àquele que permitem as ciências físicas, pode-se concluir que o comércio mais livre esteja associado a um crescimento maior, e que um crescimento maior esteja associado à redução da pobreza. Assim, o crescimento reduz a pobreza (BHAGWATI, 2004, p. 73).

Com efeito, segundo salienta Elena Steliana Baran (2007, p. 174-175), na construção teórica desenvolvida por Jagdish Bhagwati, a sua maior prioridade é mostrar como a globalização econômica pode ajudar os mais pobres das nações pobres em todo o mundo e, para tanto, ele apresenta dados estatísticos que evidenciam, que nos últimos anos, a aplicação desse modelo de desenvolvimento voltado ao crescimento econômico apresentou bons resultados, dentre os principais exemplos, nos aumentos dos padrões de vida na China e na Índia, desde que abriam suas economias.

Nesse ínterim, na medida em que o modelo de desenvolvimento humano prioriza o crescimento econômico, ao contrário dos que pensam os ativistas antiglobalização e anti-trabalho infantil, a globalização econômica é causa de sua prosperidade coletiva e a redução da pobreza, de tal modo que ela propicia a redução do trabalho infantil, bem como, mediante a educação básica, torna-se um estímulo para a busca do conhecimento (BHAGWATI, 2004, p. 77-78).

Assim sendo, em contrapartida ao modelo de desenvolvimento humano proposto por Amartya Sen, no qual o desenvolvimento tem como escopo a expansão das liberdades humanas para que os indivíduos tenham uma qualidade de vida a partir da qual seja possível conseguir a vida que se deseja, estando a pessoa no centro desse modelo de desenvolvimento, para Jagdish Bhagwati deve-se ter uma visão de desenvolvimento restrita ao crescimento econômico, cuja qualidade de vida da pessoa será uma consequência do crescimento econômico.

A partir disso, enquanto um meio para a promoção do desenvolvimento humano, em virtude do referido crescimento, haverá o aumento da renda familiar, notadamente no contexto de famílias pobres, e, por conseguinte, isso passa a ser refletido na promoção do acesso à educação. Ou seja, o crescimento econômico é um meio de acesso à educação infantil.

Ora, é muito fácil imaginar modelos de comportamentos familiares onde a melhoria de renda – resultante de maiores oportunidades comerciais, por exemplo – estimula pais gananciosos a fazer seus filhos trabalharem. Mas os indícios parecem indicar precisamente o oposto, por uma variedade de razões. Pais pobres, assim como pais ricos, em geral desejam o melhor para seus filhos. A pobreza é o que leva muitos deles, quando forçados a optar, a mandar os filhos para o trabalho e não para a escola. Quando a receita aumenta, normalmente os pais pobres reagem, devolvendo os filhos aos estudos. Isso é o que os economistas chamam de “efeito da renda”: a instrução de um filho é um bem valioso, cujo consumo cresce quando cresce a renda.

Além disso, mesmo se considerarmos a instrução das crianças como um investimento, é de se esperar que os pais reajam ao crescimento de sua renda mandando os filhos para a escola – em geral significando que o terceiro ou quarto filho, ou a filha, que até então trabalhava, vá agora estudar – [...] (BHAGWATI, 2004, p. 79).

Diante disso, segundo Graciane Rafisa Saliba (2009, p. 42), aos pais pobres que estavam impedidos de mandar seus filhos à escola, em decorrência do aumento da renda, será possibilitado que o façam, e enquanto uma consequência do acesso à educação, ocorrerá a redução do índice de trabalho infantil.

De acordo com Jagdish Bhagwati (2004, p. 80), em virtude da globalização econômica, houve um levantamento de dados em 163 países, nos quais sucedeu a constatação acerca da associação de melhorias no setor financeiro com a redução do trabalho infantil, haja vista que, quando os pequenos tomadores de créditos passaram a ter o acesso a empréstimos, eles começaram a encaminhar os seus filhos à escola, enquanto que, naqueles países nos quais os tomadores tiveram restrições para a obtenção de empréstimos, ocorreu um aumento dos índices de trabalho infantil.

Em vista disso, nos países em que a globalização econômica, e por conseguinte o livre mercado, foram implementados, foram constatados bons resultados para a promoção do acesso à educação, bem como para a diminuição do trabalho infantil, de tal maneira que, no modelo de desenvolvimento humano proposto por Jagdish Bhagwati, as pesquisas empíricas demonstraram que o crescimento econômico, enquanto um fim em si mesmo, deve ser fomentado nos países que buscam uma melhoria na qualidade de vida de sua população, com a consequente redução na desigualdade social e econômica.

Com efeito, a discriminação contra as mulheres é um fato social que se apresenta em vários níveis e maneiras pelo mundo, enquanto a globalização econômica, bem como, as outras formas de globalização, se tornam instrumentos para a ascensão social das mulheres, ou seja, a globalização propicia na diminuição da referida discriminação, como ressalva Jagdish Bhagwati, ao expressar:

Que a globalização pode favorecer em vez de prejudicar as mulheres é a conclusão contundente a que chega quem examina como ela afetou as mulheres japonesas. Na esteira da ampla expansão para fora das multinacionais japonesas, nos anos 80 e início dos anos 90, os executivos japoneses eram mandados para os Estados Unidos, Inglaterra, França e outros países ocidentais (as mulheres então raramente galgavam postos de destaque). Esses homens levavam consigo mulheres e filhos. Em Nova York, fixavam residência em Scarsdale, Riverdale e Manhattan, e suas mulheres foram capazes de constatar, em primeira mão, que as mulheres ocidentais, embora ainda tivessem um longo caminho a percorrer, recebiam um tratamento melhor. Também as crianças se tornaram não os dóceis japonesinhos aos quais se ensina o valor do conformismo e da harmonia social, mas, sim, americaninhos rebeldes que, ao contrário, valorizavam o individualismo que todo pai e mãe imigrante constata quando o filho chega da escola e diz: “É deste jeito que *eu* quero fazer”. A escola é o local onde se dá, subliminarmente – ou até mesmo explicitamente – o condicionamento cultural. As mulheres e crianças que depois voltaram para o Japão se converteram em agentes da mudança. Eles jamais seriam os mesmos. Lentamente, os hábitos tradicionais da cultura japonesa começaram a ser substituídos pelo feminismo, pelos direitos das mulheres e outros direitos humanos, tratamento igualitário para cidadãos e imigrantes, e um leque de outros atributos de uma sociedade moderna. A globalização, na forma da expansão das corporações japonesas no exterior, exerceu um papel fundamental (BHAGWATI, 2004, p. 83-84)(grifo do autor).

Em um mundo contemporâneo, a vida da humanidade não se desenvolve sob um regime uniforme, de maneira que as diversas culturas humanas não são estáticas e inertes às relações sociais, ou seja, cada cultura não pode ser analisada como se tivesse nascido e se desenvolvido isoladamente, sem manterem entre si um intercâmbio de culturas. Por consequência disso, a globalização – não apenas a econômica – coloca em evidência tais circunstâncias, isto é, o movimento de cada cultura em absorver ou rejeitar particularidades de outras culturas (ASSIS; KÜMPEL, 2011, p. 40-41).

Assim sendo, para o modelo de desenvolvimento humano proposto por Jagdish Bhagwati, as diversas modalidades de globalização, notadamente a econômica, ocasionaram em uma mudança em diversas culturas. No exemplo citado, mediante a globalização, a cultura japonesa absorveu características da cultura estadunidense, refletindo bons resultados na discriminação contra a mulher, isto é, a globalização favorece as mulheres para a promoção de seu bem-estar e para a ascensão social, sobretudo no mercado trabalho.

Além disso, aqueles opositores das formas de globalização, notadamente a econômica, que propiciaria o livre mercado, sustentaram que os trabalhadores seriam prejudicados com a redução de seus respectivos salários, bem como que ocorreria a flexibilização da legislação trabalhista em benefícios das multinacionais, sobretudo nos países

pobres, reduzindo os trabalhadores à condição de indigente. Nesse sentido, contrapondo aos referidos opositores, Jagdish Bhagwat destaca:

Não se discute que esses temores soem plausíveis, mas os fatos sugerem nitidamente que não há como comprová-los. A maioria dos estudos sobre os salários reais de trabalhadores atribui ao comércio, no máximo, uma pequena influência na queda dos salários reais, nos anos 80 e boa parte dos anos 90. Defendo aqui a probabilidade mais consistente de que o comércio de fato ajudou os trabalhadores, não os prejudicando sequer de forma insignificante, suavizando a queda que, na verdade, foi motivada pelas mudanças tecnológicas que fizeram cair a demanda por mão-de-obra não-qualificada (BHAGWATI, 2004, p. 137).

Dessa maneira, para o autor, a globalização econômica não resulta na flexibilização das legislações trabalhistas, estagnação, ou até mesmo na queda dos salários dos trabalhadores, mas, ao contrário disso, a referida globalização foi ao encontro da promoção do aprimoramento das condições do trabalhadores e aumento dos salários, mormente nos países pobres, ocasionados pelo livre mercado, ao passo que eventuais mudanças negativas ocasionadas nas relações de trabalho foram decorrentes do desenvolvimento tecnológico que passou a exigir mão-de-obra qualificada (BHAGWATI, 2004, p. 137-138).

Portanto, para Jagdish Bhagwati, a relação entre globalização e os parâmetros de trabalho é tratada, respectivamente, enquanto causa e efeito, haja vista que, a partir da globalização econômica com a consequente liberalização do comércio, são promovidas melhorias nas condições de trabalho.

À medida que a implementação da globalização econômica para a promoção de um modelo de desenvolvimento humano enseja o comércio mais livre, paradigmas sobre os seus reflexos negativos para o meio ambiente são superados, de modo que, mesmo sem a existência de políticas ambientais, aliberalização do comércio torna-se um instrumento para o progresso da economia de um país, beneficiando, por sua vez, o meio ambiente.

Graças aos debates entre partidários do livre-comércio e ambientalistas, os mais sofisticados desses últimos já abandonaram a noção de que a liberalização do comércio sem a devida imposição de políticas ambientais leva não só a danos ao meio ambiente, mas também ao retrocesso à saúde econômica do país. Na comunidade ambientalista em geral, porém, esse equívoco ainda predomina (BHAGWATI, 2004, p. 154).

A partir do relatório especial sobre livre comércio e meio ambiente elaborado para o *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT)¹³, foi constatado que, em decorrência da liberalização do comércio, havia o crescimento da economia de determinado país, de tal maneira que, mesmo sem a instituição de políticas de preservação ambiental, o meio ambiente também era beneficiado (BHAGWATI, 2004, p. 154)¹⁴.

No intuito de conjugar o livre comércio e as políticas ambientais, Jagdish Bhagwati (2004, p. 157) propõe a criação de políticas ambiental e comercial, destacando que, “a política ideal é criar uma legislação ambiental adequada, preservar o meio ambiente, e, em seguida, buscar o livre-comércio para usufruir os lucros dele advindos”.

Desse modo, o modelo de desenvolvimento humano proposto pelo autor tem como finalidade garantir o uso do meio ambiente para a presente e futuras gerações, e, por consequência disso, poder-se-á preservar o meio ambiente sem se esquecer dos lucros auferidos com o comércio.

Em vista disso, contrapondo-se ao modelo de desenvolvimento de Amartya Sen, Jagdish Bhagwati apresenta uma concepção de modelo de desenvolvimento humano no qual se deverá promover a globalização econômica, isto é, a integração das economias nacionais em uma economia do plano internacional.

A partir da instituição da referida modalidade de globalização, será ensejada a liberalização do mercado, não havendo apenas o crescimento econômico de um país ou da renda de sua população, mas, por ser um instrumento que corresponda às exigências de uma determinada sociedade, ter-se-á como consequência a redução dos índices de pobreza.

Assim sendo, será proporcionada a redução das desigualdades socioeconômicas entre ricos e pobres de um Estado, notadamente em países pobres, ao passo que, em virtude da aplicabilidade do referido modelo de desenvolvimento humano, haverá a melhoria na qualidade de vida das pessoas.

1.4 Estrutura do conceito de função social da empresa na ordem econômica

¹³ Acordo Geral de Tarifas e Comércio (Tradução Nossa).

¹⁴ O exemplo mais convincente revelou-se a liberalização do comércio agrícola objeto de estudo na Rodada Uruguai de acordos multilaterais de comércio. Pela estimativa de Anderson, essa liberalização transformaria a produção agrícola dos países pobres, até então de alto custo, e baseada em pesticidas, ao estilo europeu, em uma agricultura de custo menor baseada em fertilizantes, fazendo com que a receita e a propriedade crescessem em todos os países, igualmente melhorando a qualidade ambiental (BHAGWATI, 2004, p. 154).

A partir das construções teóricas de Amartya Sen, o crescimento econômico torna-se um dos instrumentos para o desenvolvimento humano, ou seja, a noção do referido desenvolvimento não é limitada à concepção de riqueza.

Diante do crescimento econômico ser uma liberdade instrumental para a promoção do desenvolvimento como liberdade, conforme será exposto neste item, em torno dela convergem os interesses do agente econômico e os da coletividade, de modo que uma empresa exercida pelo empresário não mais se limita ao aumento de sua mais-valia, e, por consequência do seu exercício de observar os referidos interesses, a atividade econômica empresarial torna-se um dos meios para o desenvolvimento humano.

De acordo com Camila Aparecida Borges e Marcelo Benacchio (2015, p. 44-45), há uma ligação entre o exercício da empresa e um desenvolvimento humano que coloque a pessoa no centro do processo de desenvolvimento humano, uma vez que tal processo setorna um fio condutor para o exercício da atividade empresarial, ou seja, em virtude da empresa estar orientada para a realização do desenvolvimento como liberdade, busca-se o equilíbrio entre os interesses do empresário e os interesses da coletividade.

Assim, na medida em que a atividade empresarial não será implementada apenas em benefício de seu titular, isto é, sem que haja uma superposição dos interesses que convergem em torno da empresa, segundo Amartya Sen (2000, p. 29), o desenvolvimento estará relacionado com a melhoria da qualidade devida e das liberdades de que as pessoas desfrutam, resultando em uma vida livre e mais digna de ser vivida.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 apresenta uma dupla regulação acerca do regime jurídico da propriedade privada, de maneira que as propriedades privadas afirmadas pelos textos normativos constitucionais do art. 5º, XXII¹⁵ e art. 170, III¹⁶ constituem realidades jurídicas distintas, isto é, uma propriedade é tratada enquanto um direito individual da pessoa humana, e a outra, como um fundamento da ordem econômica.

A Constituição de 1988, porém, apresenta uma dupla qualificação e, por via de consequência, um duplo regime da propriedade privada: como direito fundamental, de natureza individual, e como fundamento da ordem econômica. Nesse sentido, pode-se dizer que os textos repetitivos, do art. 5º, XXII e XXIII e do art. 170, II e III, não se referem à mesma realidade. (COMPARATO, 1990, p. 273)

¹⁵cc Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXII - é garantido o direito de propriedade". (BRASIL, 1988)

¹⁶ "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] III - função social da propriedade". (BRASIL, 1988)

Nesse diapasão, conforme aponta Fábio Konder Comparato (1990, p. 273), enquanto um direito fundamental individual, previsto no texto normativo do art. 5º, XXII, a propriedade privada se justifica como um instrumento de manutenção da subsistência do indivíduo e de sua família contra as necessidades materiais, de modo que ela está ligada à dignidade da pessoa humana, e, por consequência disso, não se estende ao direito de propriedade dos agentes econômicos.

A referida propriedade individual não se limita à sua destinação enquanto um bem consumível para prover à subsistência, mas também como um bem de produção para as situações de pequena e média propriedade rural explorada pela família, isto é, a propriedade privada é um instrumento para o produtor rural¹⁷ dali extrair o seu sustento e o de sua família, garantindo-lhes a subsistência e o desenvolvimento econômico-social (COMPARATO, 1990, p. 273)¹⁸.

Em virtude de a propriedade tratada como um direito individual destinar-se à subsistência do indivíduo e de sua família, o seu escopo está voltado para a promoção da dignidade da pessoa humana, destinando-se, portanto, a cumprir uma função individual, apartando-se da concepção de função social.

[...] A essa propriedade não é imputável *função social*; apenas os abusos cometidos no seu exercício encontram limitação, adequada, nas disposições que implementam o chamado *poder de polícia* estatal.

Aqui se cogita, portanto, de *uma* propriedade distinta daquela(s) outra(s) afetada(s), em sua(s) raiz(es), pela *função social*. Daí por que a afirmação da sua função social, no art. 5º, XXIII, não se justifica. Note-se inclusive que a desapropriação por *utilidade pública*, explicitada no inciso XXIV deste mesmo art. 5º, é distinta da desapropriação por *interesse social*, aí consignada e, mais ainda, no § 4, III, do art. 182 e no art. 184 da Constituição. Por se tratar de propriedade com função individual, aliás, é que o art. 185, I, define como insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária (mas não por razões de utilidade pública ou por outro motivo de interesse social) a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra. (GRAU, 2014, p. 235)(grifo do autor)

¹⁷ O produtor rural é aquele que exerce atividade rural, que é a que envolve a produção ou circulação de bens e serviços de natureza agrícola, pecuária, agroindústria e extrativa.

¹⁸ Sobre a função da propriedade privada enquanto um direito individual, segundo Fábio Konder Comparato (1990, p. 273), ela também é “o meio de defesa da pessoa humana contra o abuso de poder econômico, público ou privado. Tradicionalmente, a garantia da propriedade é reconhecida como meio de proteção contra o Poder Público. A Constituição, no entanto, já admite, ao lado do direito de propriedade, o direito à propriedade, como instrumento de defesa da pessoa humana contra o abuso privado, por meio das usucapiões especiais dos arts. 183 e 191”.

Dessa maneira, a propriedade privada como um direito fundamental individual trata-se de um meio que visará prover as necessidades materiais de seu proprietário e de sua família contra as necessidades materiais, ou seja, ela é um instrumento de realização dos interesses individuais e familiares, seja enquanto um bem de consumo, seja enquanto um bem de produção.

Assim, por consequência da natureza individual, ela não está no bojo da ordem econômica, de maneira que não lhe será imputável a função social, mas, por tratar-se uma propriedade destinada a um escopo individual, apenas são imputadas as limitações para o seu exercício, isto é, aquelas restrições ao uso e gozo decorrentes do poder de polícia¹⁹, buscando-se evitar o abuso no uso da propriedade individual.

No contexto da distinção entre propriedade privada como um direito individual e a propriedade privada enquanto um fundamento da ordem econômica, prevista no texto normativo do art. 170, III, da Constituição Federal, é aquela na qual lhe será imputável a concepção de função social, justificando-se pela sua utilização para determinados fins que transcendem ao caráter individual do proprietário da referida propriedade.

Cumpre, preliminarmente, definir os conceitos e evitar os contrassensos. Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são limites negativos aos direitos dos proprietários. Mas a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nessa matéria, significa o poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo *social* mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do *dominus*; o que não significa que não possa haver a harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um *poder-dever* do proprietário, sancionável pela ordem jurídica. (COMPARATO, 1986, p. 75) (grifo do autor)

A noção de função social da propriedade privada como fundamento da ordem econômica não deve somente ser compreendida enquanto um instrumento de limitação ao uso e gozo da propriedade, isto é, uma limitação negativa aos direitos do proprietário, de maneira que a noção de função social também deve compreender um caráter ativo, ou seja, a função

¹⁹ O conceito legal de poder de polícia está no texto normativo do art. 78, da lei 5.172/66 – (Código Tributário Nacional), segundo o qual, “considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos” (BRASIL, 1966).

social da propriedade deve ser compreendida como um instrumento que imporá ao seu detentor um comportamento positivo na sua exploração.

Nesse sentido, segundo Eros Grau (2014, p. 238), a distinção entre a propriedade dotada de função individual e a propriedade dotada de função social se justifica diante dos fins de cada propriedade privada, isto é, a primeira é um meio para o indivíduo prover a sua subsistência e de sua família, enquanto que a propriedade dotada de função social é justificada pelo seu escopo, isto é, a ideia de função social da propriedade deve ser compreendida não por limitações, característica da propriedade dotada de função individual, mas pela destinação que lhe é dada para compatibilizar-se com os interesses da coletividade no contexto do exercício da atividade econômica.

Portanto, a função social da propriedade não se restringe à existência de limitações legais no uso e gozo, enquanto a noção de função social da propriedade como um fundamento da ordem econômica, prevista no texto normativo constitucional do art. 170, III, deve ser compreendida pela imposição de comportamentos pela ordem jurídica ao proprietário em atribuir à sua propriedade privada uma destinação que não se limite exclusivamente ao seu interesse individual na exploração da atividade econômica, mas que corresponda e que esteja harmonizado com os interesses da coletividade.

No entanto, segundo Leandro Taques Ferreira e Tarcísio Teixeira (2016, p. 20), a propriedade privada, seja enquanto um direito individual, seja na condição de fundamento da ordem econômica, deve ser um direito cujo exercício pelo seu titular possua limitação pelo ordenamento jurídico.

Em virtude da exploração da atividade econômica empresarial pelo empresário, em que há o desenvolvimento de uma atividade produtiva orientada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, surge a diferenciação entre bens de consumo e bens de produção decorrentes da exploração dessa atividade econômica.

Os bens de produção são móveis ou imóveis, indiferentemente. Não somente a terra, mas também o dinheiro, sob a forma de moeda ou de crédito, pode ser empregado como capital produtivo. De igual modo os bens destinados ao mercado, isto é, as mercadorias, pois a atividade produtiva é reconhecida, na análise econômica, não pela criação de coisas materiais, mas pela criação de valor. Mas as mercadorias somente se consideram bens de produção enquanto englobadas na universalidade do fundo de comércio; uma vez que destacadas dele, ao final do ciclo distributivo, ou elas se incorporam a uma atividade industrial, tornando-se insumos de produção, ou passam à categoria de bens de consumo. (COMPARATO, 1986, p. 72)

Nesse sentido, sob a perspectiva de Fábio Konder Comparato (COMPARATO, 1986), os bens de produção constituem os bens imóveis ou móveis empregados pelo empresário para a organização do estabelecimento empresarial para serem implementados pelo detentor desses bens no desenvolvimento da atividade econômica organizada voltada para a produção ou distribuição de bens ou serviços.

Enquanto um conceito jurídico, para Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 75), os bens de produção compreendem todos os bens reunidos pelo empresário para a formação de seu estabelecimento empresarial, que serão empregados pelo empresário para a exploração da atividade empresarial, mesmo que sobre os referidos bens, sejam eles móveis, sejam eles imóveis, o empresário não possua o direito real de propriedade²⁰.

Portanto, para a presente pesquisa, serão considerados como bens de produção os bens imóveis e móveis, considerados indistintamente, reunidos pelo empresário para a organização do seu estabelecimento empresarial, e que serão empregados como instrumentos para a produção ou circulação de bens ou de serviços, mesmo que o empresário não possua o direito real de propriedade sobre os referidos bens.

Diante da concepção de bens de produção, há a distinção entre bens produtivos e bens de consumo, de maneira que se diferenciarão tendo em vista a sua utilidade. Isto é, os bens de produção são empregados para a realização de uma atividade produtiva, enquanto que os bens consumíveis são uma consequência da destinação atribuída aos bens produtivos. Os bens de consumo são um produto do exercício da empresa, destinando-se este bem ao uso pelo consumidor final ou não (COMPARATO, 1986, p. 72-73).

Desse modo, segundo aponta Eduardo Tomasevicius Filho (2003, p. 36), a concepção entre bens de produção e bens de consumo justifica-se tendo em vista que apenas os bens de produção exercem uma função social e são fontes de riqueza para a sociedade, enquanto que os bens consumíveis são destinados ao uso de seu proprietário, não sendo exigível desses bens, por consequência disso, o atendimento de função social.

Assim sendo, a diferença entre bens de consumo e bens de produção decorre da destinação dada a cada tipo de bem, uma vez que aqueles são destinados para o uso, e, por sua vez, estes são empregados pelo empresário para o desenvolvimento de sua empresa, isto é, para a geração de riqueza. Consequentemente, em decorrência da exploração da atividade econômica, propiciar-se-á a formação de um bem consumível.

²⁰ “Embora sobre estes bens nem sempre o empresário exerça especificamente direito de propriedade (entre eles, há os alugados, os alienados fiduciariamente, os objetos de *leasing* etc.), é fato que os controla e decide se serão, e como serão, empregados na exploração da atividade econômica”. (COELHO, 2013, p. 76)

Sendo seu pressuposto necessário à propriedade privada, a função social da propriedade enquanto fundamento da ordem econômica se materializa quando aplicada à propriedade dos bens de produção incorporados ao desenvolvimento da atividade empresarial, de maneira que a função social da propriedade dos bens de produção transformar-se-á em um poder-dever imposto ao empresário, enquanto controlador dos bens de produção (COMPARATO, 1986, p. 76).

Diante da propriedade privada dotada de função social ser compreendida como um instrumento que imporá ao seu detentor um comportamento positivo na exploração da atividade econômica, a propriedade dos bens de produção empregados na atividade empresarial deve ser analisada sob a ótica de duas perspectivas que convergem em torno dos bens de produção em regime de empresa, sejam elas os aspectos estático e dinâmico da propriedade.

Dessa maneira, conforme aponta Eros Grau (2014, p. 243), examinada estaticamente, a propriedade é considerada um direito subjetivo do detentor dessa propriedade privada, isto é, os bens de produção, enquanto direito subjetivo, são uma propriedade do empresário para a organização do estabelecimento empresarial, e esse direito constitui um poder que acode o seu titular contra abusos do poder econômico, público ou privado, ao passo que, por estarem empregados no processo produtivo voltado para a produção ou circulação de bens ou serviços, além do direito subjetivo que é consubstanciado em um poder de seu titular, a propriedade dos bens de produção às vistas do regime de empresa é considerada na utilização para a produção de bens de consumo, ou seja, a referida propriedade é entendida como uma atividade quando examinada sob o momento dinâmico da propriedade.

Isso significa dizer que a função social da propriedade dos bens de produção, quando incorporada para o exercício da atividade empresarial, é um instrumento de função, isto é, “a função é um poder que não se exercita exclusivamente no interesse de seu titular, mas também no de terceiros, dentro de um clima de *prudente arbítrio*” (GRAU, 2014, p. 242) (grifo do autor).

Nesse contexto, aparecendo sob a ótica da função social da propriedade, o conceito de função social foi formulado pela primeira vez por São Tomás de Aquino, sendo referenciado na destinação que a propriedade privada considerada individualmente possuiria, de maneira que ela teria uma destinação comunitária, ou seja, não tendo ela um propósito individualista, devendo o homem respeitar essa finalidade (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 34).

Portanto, o momento dinâmico da propriedade representa um dever do proprietário dos bens de produção empregados para o desenvolvimento da empresa em propiciar-lhes uma destinação social, e o escopo da referida propriedade passa a ser analisado não mais em uma visão individualista para realização do interesse próprio do empresário, mas sob uma perspectiva coletiva, uma vez que em torno dela convergem os interesses do agente econômico e os da coletividade.

A função social da propriedade, segundo Fábio Konder Comparato (1986, p. 75), não se confunde com as restrições legais derivadas do poder de polícia, e, em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário em dar à propriedade privada uma destinação que não seja, exclusivamente, em benefício do interesse próprio transmuda-se quando tais bens são empregados para a exploração da atividade empresarial em poder-dever do empresário para empregar o acervo empresarial também à realização dos interesses da coletividade.

Nesse sentido, a empresa como é concebida na sociedade contemporânea não mais se limita à condição de um complexo de bens de produção voltado para a transformação de bens de consumo que serão colocados no mercado, mas, enquanto uma propriedade que se fundamenta na ordem econômica, é uma instituição social na qual o seu detentor deve conciliar a atividade empresarial com a observância de um plexo de deveres jurídicos em benefício da vida social.

E é em razão desse interesse social sobre institutos privados que o Direito por vezes procura proteger a empresa, como muito bem se vê na Lei 11.101/2005 (Lei de Falências e Recuperação de Empresas). Tal proteção, como observa Mamede, "não é proteção do empresário, nem da sociedade empresária, mas proteção da comunidade e do Estado, que se beneficiam - no mínimo indiretamente - com a produção de riquezas". Tanto assim é que a referida Lei de Falências afirma categoricamente, em seu art. 47, que: "A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a separação da 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" (FERREIRA; TEIXEIRA, 2016, p. 21).

Assim sendo, o binômio representa a imposição de um comportamento ao empresário para que a empresa não seja exercitada exclusivamente em benefício próprio, mas também esteja harmonizado para a realização dos interesses coletivos, e por conseguinte, empregando o titular desse direito uma destinação social à empresa.

Ao serem incorporados em regime de empresa, isto é, no exercício da produção ou circulação de bens ou de serviços para serem colocados no mercado, os bens de produção

tornam-se uma fonte de valor social para a sociedade, uma vez que deles derivam a geração de receitas fiscais para prover o Estado, criação de postos de empregos e lucros para os detentores desses bens, isto é, o empresário.

Diante disso, a destinação dos bens de produção compreendidos no momento dinâmico da propriedade privada, sendo compatibilizada e harmonizada com os interesses empresariais e da coletividade, representa a realização da função social de tais bens. Assim, a harmonização dos interesses coletivos com os do empresário para o exercício da atividade econômica empresarial representa a incidência da concepção da função social da empresa.

A função social da propriedade equipara-se à função social da empresa, como ressalva Eros Grau, ao expressar:

O princípio da função social da propriedade ganha substancialidade precisamente quando aplicada à propriedade dos bens de produção, ou seja, na disciplina jurídica da propriedade de tais bens, implementada sob compromisso com a sua destinação. A propriedade sobre a qual em maior intensidade refletem os efeitos do princípio é justamente a propriedade dinâmica dos bens de produção. Na verdade, ao nos referirmos à função social dos bens de produção em dinamismo, estamos a aludir à *função social da empresa*. (GRAU, 2014, p. 237)(grifo do autor)

Desse modo, a função social da propriedade ganha conteúdo quando empregada nos bens de produção em regime de empresa, e por consequência da destinação dos referidos bens no dinamismo da propriedade privada, o seu papel social²¹ está voltado para a geração de uma fonte produtora de riqueza, criando-se, por sua vez, postos de empregos e receitas para o Estado com o recolhimento de tributos, de modo que se estará a conceber um ideal de função social da empresa. Em outras palavras, a propriedade privada enquanto um fundamento da ordem econômica está às vistas da função social dos bens de produção, ou seja, a função social da empresa.

Como salienta Fábio Konder Comparato (1986, p. 76-78), na medida em que a exploração empresarial dos bens de produção transmuda-se para um poder-dever atribuído ao empresário para empregá-los no exercício da empresa, há a harmonização entre os interesses empresariais e o interesse da coletividade. Assim, a empresa não mais possui um caráter individualista dos detentores dos bens de produção para a realização do lucro, mas, além de ser uma fonte de riqueza, há uma destinação compatível com os interesses da coletividade.

²¹Segundo Eduardo Tomasevicius Filho (2003, p. 47) “deve ficar claro que não se deve utilizar o termo função social como o papelsocial de um instituto jurídico, porque se trata da característica do mesmo e não da sua destinação econômica. A função social refere-se apenas às atividades econômicas que a empresa exerce, consubstanciadas no seu objeto social e exigíveis pela imposição de deveres jurídicos ao titular desse direito”.

Tratando-se da concepção de função social da empresa, Eduardo Tomasevicius Filho (2003, p. 39) aponta que “a função social da empresa constitui o poder-dever de o empresário e os administradores da empresa harmonizarem as atividades da empresa, segundo o interesse da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres positivos e negativos”.

No âmbito legislativo, o atual Código Civil não disciplinou, expressamente, a noção de função social da empresa. No entanto, apesar da omissão normativa, houve o projeto de Lei 6.920/2002, arquivado na Câmara dos Deputados, o qual visava incluir o parágrafo segundo no texto normativo do art. 966, do Código Civil, a fim de compatibilizar a legislação civilista à concepção de função social da empresa.

Nesse sentido, o parágrafo segundo do dispositivo legal teria o seguinte teor, “o exercício da atividade de empresário, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, observará os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé e pelos bons costumes” (BRASIL, 2002b).

Na justificativa nº 59 do referido projeto de lei, a alteração legislativa visava, de um lado, atender ao estabelecido no texto normativo do art. 170 da Constituição Federal, em que foi implementada no texto constitucional uma ordem econômica que busca regular as atividades de produção ou circulação de bens ou de serviços para harmonizar com os interesses da sociedade, e de outro lado, pretendia-se compatibilizar o texto normativo do art. 966 com a função social e as cláusulas gerais da boa-fé e dos bons costumes como limitadores do exercício da atividade empresarial.

Assim, a proposta de alteração do art. 966 do Código Civil tinha como escopo positivar no Código Civil a concepção de função social da empresa, isto é, “a imposição de uma regra instituidora da função social para todas as empresas numa lei geral, como é o caso do Código Civil), tem um papel pedagógico, para chamar a atenção para o cumprimento desses deveres, além de ser mais fácil exigir a sua obediência” (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 40).

O Enunciado nº 53²², aprovado na I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, estabeleceu que, não obstante haja omissão legislativa no Código Civil acerca da noção de função social da empresa, não significa dizer que ela não existe.

A Lei das Sociedades por Ações trata da função social da empresa no texto normativo do parágrafo único do art. 116, ao estabelecer que o acionista controlador deve usar

²² Segundo o texto do Enunciado nº 53, “Deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa”. (BRASIL, 2003)

o poder de administração dos bens de produção para fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, de modo que deverá observar os interesses dos demais acionistas da empresa, bem como dos que nela trabalham e para com a comunidade em que atua.

No texto normativo do art. 154 da mesma legislação, estabelece-se que o administrador, ou seja, controlador dos bens de produção em regime de empresa, deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfazendo, por conseguinte, as exigências do bem público e da função social da empresa.

De acordo com Guilherme Helfenberger Galino Cassio e Henrique Cavalheiro Ricci (2013, p. 24-25), em decorrência da função social da empresa, por si só, não vincular condutas ao empresário no desenvolvimento da atividade empresarial, ou seja, sem estar associada a outras áreas do Direito, ela não tem o condão de impor ao referido agente econômico determinadas condutas no exercício da empresa, e, por consequência disso, no ordenamento jurídico brasileiro, a função social da empresa não possui força normativa.

Desse modo, para os referidos autores, a função social da empresa não é um princípio jurídico, mas um valor a ser observado pelo empresário no exercício da atividade econômica, de maneira que o mero descumprimento da função social da empresa, isoladamente, não lhe enseja a aplicação, ou seja, ele será sancionado pelo Estado em virtude do descumprimento de normas jurídicas de áreas diversas do Direito, isto é, a inobservância da legislação ambiental, consumerista ou propriedade intelectual, etc.

Diante de no âmbito normativo não haver instituição acerca da concepção dos interesses coletivos que deverão pautar o comportamento positivo do empresário para empregar os bens de produção na exploração da atividade empresarial a fim de atender à função social da empresa, para Eduardo Tomasevicius Filho, o parâmetro que pode ser utilizado para a construção dos deveres positivos que darão conteúdo ao conceito de função social da empresa é o texto normativo do art. 170, da Constituição Federal, que trata da ordem econômica.

A ordem econômica brasileira está assentada sob dois pilares: o trabalho e o capital. Através deste é possível o exercício da livre iniciativa, que consiste na liberdade de exercício de atividade econômica.

Essa liberdade de empresa não é absoluta. Sua razão de ser é assegurar a todos os indivíduos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, e o exercício desta liberdade deve necessariamente atender a uma função social.

O empresário ou a sociedade empresária só devem auferir os benefícios dessa liberdade na medida em que essa atividade empresarial possa

proporcionar a todos um aumento das condições de vida da sociedade ou mantê-las, caso essa sociedade já tenha atingido um bom grau de desenvolvimento econômico. Não se admite, segundo o art. 170, que a liberdade de empresa seja considerada uma função individual do empresário, que só a ele traga benefícios.

A existência digna, nos termos da Constituição, está condicionada a uma justiça social. Nessa perspectiva, é inadmissível o exercício de uma liberdade econômica que permita apenas o crescimento das riquezas, sem permitir a sua distribuição entre os indivíduos que contribuíram com o mesmo, através do trabalho (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 41).

A ordem econômica representa o modo de ser da economia de um determinado país, definindo regras e princípios que institucionalizam a maneira como deve estar o desenvolvimento da atividade econômica, ou seja, o texto normativo do art. 170²³, da Carta Magna, deve ser compreendido no sentido das relações econômicas estarem fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, de modo que, no ordenamento jurídico brasileiro, a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, para assegurar a todos uma existência digna, segundo os ditames da justiça social (GRAU, 2014, p. 66); (WALD; WAISBERG, 2009, p. 313-314).

Apesar do entendimento contrário acerca de ausência de caráter normativo, e por conseguinte, não sendo atribuída à função social da empresa a condição de princípio jurídico, no texto normativo do art. 170 da Constituição Federal são estabelecidos deveres a serem observados pelo empresário no exercício de sua atividade empresarial, isto é, deveres que representam um conteúdo material da função social da empresa, de maneira que, no exercício da atividade econômica, o empresário deve observar a valorização do trabalho humano, a busca da existência digna, a realização da soberania nacional econômica, o respeito pela livre concorrência, a defesa do meio ambiente e do consumidor etc.

Portanto, o descumprimento dos deveres que conferem conteúdo à função social da empresaprevistos no texto normativo do art. 170 representa a violação da referida função social pelo empresário (MARTINS, 2013, p. 49-54), e por consequência de sua aplicabilidade ocorrer por meio da vinculação do empresário às regras e princípios ambientais, trabalhistas,

^{23c} Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei” (BRASIL, 1988).

propriedade intelectual, do consumidor, etc., a função social da empresa possui força normativa no ordenamento jurídico brasileiro.

Em vista disso, para a presente pesquisa, a função social da empresa na ordem econômica será considerada como o poder-dever do empresário em dar uma destinação compatível com os interesses da coletividade aos bens de produção incorporados na organização do estabelecimento empresarial para a exploração da atividade econômica voltada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, ou seja, deve haver a harmonização dos interesses empresariais e dos interesses da coletividade na localidade em que ela esteja inserida, de modo que o exercício da atividade empresarial esteja em consonância com a ordem econômica.

Diante do reconhecimento da função social da empresa, isto é, dos bens de produção em regime de empresa, é reconhecido o valor social da empresa em consequência do papel que a atividade empresarial desempenha no local em que está inserida para a promoção dos interesses da coletividade.

Com o processo de globalização e regionalização da economia, a empresa passa a desempenhar papel fundamental na sociedade contemporânea. Dela depende, diretamente, a subsistência da maior parte da população ativa do Brasil e dos países desenvolvidos ou em desenvolvimento. É dessa instituição social que provém a grande maioria dos bens e serviços consumidos pelo mercado, além de prover o Estado da maior parcela de suas receitas fiscais. (ARNOLDI; MICHELAN, 2002, p. 244)

Assim, enquanto um instrumento de produção ou a circulação de bens ou de serviços, a empresa dotada de função social estimula a geração de empregos, tributos e gera riqueza econômica para o crescimento e o desenvolvimento socioeconômico não apenas dos detentores dos bens de produção, mas para a localidade na qual ela esteja inserida, ou seja, desde o desenvolvimento da economia de um município até o desenvolvimento da economia de estado-membro ou de um país.

Enquanto controlador dos bens de produção destinados à exploração da atividade empresarial, o empresário possui o controle acerca da destinação que esses bens receberão na exploração da atividade econômica, cuja decisão deverá orientar-se pelo atendimento da função social da empresa.

A busca incessante do lucro, por si só, não mais atende às necessidades econômico-sociais da atualidade. Essa visão antiquada da empresa capitalista não mais pode permanecer numa economia global. A empresa, para sua própria subsistência, precisa pôr em prática atividades diversas daquelas

que até pouco tempo atrás eram consideradas suficientes para a sua manutenção, ou seja, asdiretamente relacionadas à produção de riquezas e obtenção do lucro. A postura dessainstituição necessita se adaptar à nova realidade mundial como uma maneira de se perpetuar. Caso contrário, tornar-se-á insustentável sua conservação.(ARNOLDI; MICHELAN, 2002, p. 245-246)

Esse novo papel desenvolvido pela empresa em benefício dos interesses da comunidade tem sido alvo de inúmeras críticas, haja vista que, em virtude de a ordem jurídica atribuir à empresa uma função social, o Estado estaria se escusando de exercer as cláusulas do contrato social, de maneira que, mediante a referida função social, ele estaria atribuindo à empresa a função de guiar a nação com esses novos encargos sociais e, por sua vez, de realizar o bem-estar da coletividade.

De outro lado, há a crítica acerca da intenção de se atribuir à empresa uma função social em uma sociedade capitalista (ARNOLDI; MICHELAN, 2002, p. 246-247).

A ideia de as empresas possuírem um objetivo que não se restrinja ao exercício da atividade econômica voltada para produção ou circulação de bens ou de serviços, ou seja, a atribuição de uma função social da empresa, como salienta Fábio Konder Comparato (1996, p. 42-43), apresenta uma insanável contradição, pois, em última análise, a empresa capitalista é estruturada e tem o seu funcionamento voltado para ser uma fonte produtora de riqueza.

Assim sendo, “o objeto da empresa, ou seja, o exercício de uma atividade econômica de produção ou distribuição de bens, ou de prestação de serviços, está sempre subordinado ao objetivo final de apuração e distribuição de lucros” (COMPARATO, 1996, p. 43), e, por consequência disso, a concepção de função social da empresa decorre da criação de postos de empregos pelo empresário.

De acordo com Paulo Roberto Arnoldi e Taís Michelan (2002, p. 246), não se pode relacionar função social da empresa com a dispensa do Estado em construir uma sociedade livre, justa e solidária, para a erradicação das desigualdades sociais, de modo a garantir o desenvolvimento econômico-social, uma vez que o Estado não se exime de sua função por existir uma segunda instituição que vise colaborar com a consecução de uma mesma finalidade social.

Nesse sentido, em virtude da potencialidade que a empresa representa, ou seja, a pujança econômico-financeira que pode influenciar, sobremaneira, a localidade em que se encontra, a empresa, tal qual a concebemos hoje, não é mais uma vista enquanto uma mera fonte de produção ou circulação de bens ou de serviços, mas uma instituição social que deve assegurar a realização dos direitos individuais de todos, não se limitando ao caráter

individualista de seu titular, mas também coletivo. Assim, a referida atribuição outorgada para a empresa colaborar com a política social demonstra ser justa e coerente (ARNOLDI; MICHELAN, 2002, p. 246-247).

A mera exploração da atividade econômica empresarial voltada para a produção ou circulação de bens ou serviços não dever ser considerada como razoável para que a empresa possa atingir um ideal de função social que vise promover e harmonizar os interesses da coletividade com os interesses empresariais.

Portanto, o mero funcionamento da empresa e da correspondente atividade empresarial não é suficiente para garantir que sua função social seja atingida. Em outras palavras, existem limites à liberdade econômica e de busca pelo lucro – o que é salutar, diga-se de passagem, mesmo em uma economia de mercado. O que se impõe é que a empresa concilie – no que se tem um delicado convívio – seus interesses particulares com interesses coletivos ou sociais constitucionalmente avalizados. (TAVARES, 2013, p. 106)

Diante disso, para Amartya Sen (SEN, 2000), a expansão das liberdades política, civil, social e econômica são consequências do desenvolvimento das disposições econômicas, sociais, civis e tecnológicas promovidas em um determinado Estado, a fim de propiciar uma melhora na condição da vida dos indivíduos de sua sociedade. O desenvolvimento de uma sociedade não é limitado a uma concentração exclusiva de riqueza, integrando variáveis econômicas, tecnológicas, sociais e políticas.

Assim, sob a perspectiva do pensamento de Amartya Sen, para a avaliação do êxito de uma determinada sociedade, é transcendido o modelo tradicional de avaliação, que se restringe à análise da privação de renda. O sistema avaliatório tem como premissa a verificação da privação de capacidades básicas, ou seja, a limitação às liberdades, ao passo que o progresso da sociedade é fruto do processo de desenvolvimento às liberdades, sendo, consequentemente, um meio de expansão das liberdades políticas, sociais, civis e econômicas de que os indivíduos de uma determinada sociedade desfrutam.

Ademais, segundo apontam Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Bruno Paiva Bartholo (2007, p. 16), “parece haver um consenso no sentido de que o desempenho da cidadania empresarial não escusa o Estado de promover a resolução das questões sociais, apresentando-se os empresários, no máximo, como colaboradores nessa empreitada”.

Desse modo, na medida em que a empresa possui relevante pujança econômico-financeira para influenciar a vida em sociedade, o exercício da atividade econômica não pode

ocorrer qualquer custo, notadamente, em detrimento da coletividade na qual está localizada, ou seja, sem assegurar os direitos individuais.

Portanto, em virtude de seu papel social, a função social da empresa não deve ser tratada às vistas para a manutenção da mais-valia dos detentores dos bens de produção, mas a referida função social possui objetivos que transcendem amera manutenção dos lucros dos empresários, de tal modo que ela busca promover a criação de postos de empregos, geração de receitas ao Estado. Promover-se-á, assim, o estímulo à atividade econômica não somente sob o aspecto econômico, mas também com ênfase para a realização dos fins sociais.

Nesse diapasão, tem-se por função social da empresa o comportamento positivo do empresário ao dar destinação para os bens de produção incorporados à organização do estabelecimento empresarial na exploração da atividade econômica para que, ao serem empregados no exercício da produção ou circulação de produtos ou de serviços, assegurem a harmonização entre os interesses da coletividade com os interesses empresariais.

Como salienta Eduardo Tomasevicius Filho (2003), a função social da empresa não deve corresponder à sua função econômica, de modo que a função social no campo do Direito não corresponderia àquela função econômica, pois, se assim fosse, uma empresa inativa que exerce uma função econômica por representar uma reserva de valor ao seu titular atenderia à sua função social.

Desse modo, a função social da empresa não pode ser limitada à função econômica da empresa, pelo seu papel social considerado às vistas de sua destinação econômica enquanto uma fonte de riqueza para a coletividade, geradora de postos de empregos e lucros ao seu titular.

Conforme aponta Fábio Konder Comparato (1986, p. 78), a empresa dotada de função social somente propiciará ao seu titular o cumprimento dos deveres sociais a serem desempenhados no exercício da referida função social da empresa quando no direito positivo estiver delineada uma ordem social e econômica fundada em um planejamento democrático conscientemente definido pelos representantes legítimos dos diversos grupos social, no qual esteja a planificação de objetivos a serem atingidos pelo Estado e pela atividade econômica privada.

Por seu turno, segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Bruno Paiva Bartholo (2007, p. 14), a existência de uma função social da empresa não se limita à mera destinação pelo empresário de bens voltados para a exploração da atividade econômica voltada para a produção ou circulação produtos ou serviços.

Nesse sentido, em consequência da funcionalização da empresa, o seu exercício está condicionado ao atendimento de interesses da sociedade, mas, para tanto, dever-se-á definir em que consistem os referidos interesses, formando-se um conceito material de função social da empresa.

No exercício da livre iniciativa mediante a realização da empresa, o seu titular deverá destiná-la a ater-se a parâmetros constitucionais que regem o exercício da atividade econômica, determinando, por consequência disso, ao conceito de função social da empresa um teor mínimo do qual possa decorrer o comportamento do empresário que vise o atendimento da função social da empresa em uma ótica material.

Nesse contexto, a função social da empresa está delineada no texto normativo do art. 7º, do projeto de lei 1.572/11, que visa implementar no ordenamento jurídico brasileiro o Código Comercial Brasileiro, em trâmite na Câmara dos Deputados, e o referido conceito será definido como o conteúdo material desta função social.

Art. 7º. A empresa cumpre sua função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, ao adotar práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeitar os direitos dos consumidores, desde que com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita (BRASIL, 2011).

A ideia de função social da empresa representa a harmonização dos interesses coletivos com os do empresário para o exercício da atividade econômica empresarial, e com a positivação do referido texto normativo, o conceito de função social torna-se ainda mais delimitado no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que se estará a definir em que consistem esses interesses coletivos, ou seja, haverá um conceito material de função social da empresa.

Diante disso, o conteúdo do conceito de função social atribuído no art. 7º, do projeto de lei 1.572/11 vai ao encontro do texto normativo constitucional, haja vista que ele está em consonância com o texto normativo do art. 170, da Constituição Federal, que trata da ordem econômica, e é parâmetro para a construção de um conteúdo para o conceito de função social da empresa.

Desse modo, a ordem econômica busca evitar o abuso de direito pelo empresário no exercício da livre iniciativa mediante o emprego da propriedade dos bens de produção empregados para a exploração da atividade econômica, de maneira que a empresa não seja um fim em si mesma, não sendo um instrumento de lucro ao empresário, sem ter às vistas o

atendimento aos direitos individuais e ao desenvolvimento socioeconômico da sociedade na qual esteja inserida. Em suma, a ordem econômica é o paradigma que delineará um conteúdo ao conceito de função social da empresa.

Portanto, o conceito de função social da empresa representado pela função social dos bens de produção enquanto fundamento da ordem econômica é um poder-dever dos empresários, detentores da referida propriedade em regime de empresa, em propiciar no desenvolvimento da atividade econômica, a harmonização dos interesses empresariais com os interesses da coletividade.

CAPÍTULO 2 – FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESA EM CRISE NO BRASIL

2.1 Considerações gerais

De acordo com o estudo realizado no item 1.4, o exercício da empresa não se restringe aos interesses particulares de seu titular, e por consequência disso, o desenvolvimento da atividade empresarial não pode ser sucedido em detrimento da violação das esferas jurídicas daqueles cujos interesses estão em torno dela.

No exercício de uma atividade empresarial, infere-se importante papel que ela exerce na economia e desenvolvimento de um município, estado ou de um país, pois a partir dela há a geração de postos de empregos, pagamento de tributos e a circulação de produtos e serviços para o mercado de consumo.

Com isso, em momentos de crise econômica, financeira e/ou patrimonial de um empresário, o Estado deve possibilitar mecanismos jurídicos que visem ao afastamento da crise empresarial, proporcionando ao empresário instrumentos para que ele possa superar a crise da atividade econômica explorada, e, conseqüentemente, promover a preservação da função social da empresa perante empregados, fornecedores, fisco e consumidores.

Assim, o presente capítulo visará analisar a concepção de empresário e empresa, ao passo que, contextualizando com a noção de função social da empresa na ordem econômica, será realizada uma análise sob a perspectiva do direito da empresa em crise no Brasil, e, por meio de uma pesquisa sobre o histórico evolutivo do direito da empresa em crise, será realizado o estudo em torno do pedido de recuperação judicial da empresa na Lei 11.101/05 e da função social da empresa no processo de recuperação.

2.2 Referencial teórico-doutrinário de empresário e empresa

No intuito de promover uma afirmação da nacionalidade no bloco europeu, a Itália promulgou o *Codice Civile* de 1942, inaugurando-se, conseqüentemente, uma nova etapa da disciplina privada da atividade econômica.

Até a Segunda Grande Guerra, o espírito de integração econômica e união política que viceja hoje na Europa era simplesmente impensável. Além de viverem em constante estado de beligerância, competindo por colônias fornecedoras de matéria prima e consumidoras de produtos industrializados,

os principais povos europeus procuravam se distanciar uns dos outros no plano cultural, marcando ou acentuando características que reivindicavam como únicas. As leis e a doutrina jurídica de direito privado, nesse contexto, serviam de campo fértil para as manifestações de afirmação nacional. O Código Civil (LGL\2002\400) alemão, que entrou em vigor no dia 1.º de janeiro de 1900, revestiu de uma estrutura peculiar, notavelmente diversa da do monumental Código Napoleão, de 1804. Naquele, ademais, um dos conceitos nucleares é o de "negócio jurídico" (*Rechtsgeschäft*), cuja diferença em relação ao de "ato jurídico" (*acte juridique*), construído pela doutrina francesa, é extremamente sutil. Não se trata, como querem alguns autores, de noções cientificamente evoluídas uma da outra, mas apenas de diferentes modos de cuidar do mesmo assunto, dando ênfase a aspectos distintos. Ainda hoje, aliás, ensina-se direito civil em França sem a menor referência ao conceito de "negócio jurídico".

A Itália daquele tempo também buscou na lei e na teoria jurídica de direito privado elementos de afirmação da nacionalidade, em contraposição aos demais povos de maior presença econômica e cultural da Europa. Assim, ao reformular seu Código Civil (LGL\2002\400) em plena guerra, em 1942, produziu um diploma afastado tanto da estrutura francesa quanto da alemã, em que se apresenta como particular inovação a disciplina de matérias até então afetas, na cultura jurídica europeia, ao direito comercial (e tratadas, por isto, em Códigos próprios) (COELHO, 2003, p. 174-175).

Nesse contexto, influenciada por razões nacionalistas de modo a acentuar-se em contraposição com os ordenamentos jurídicos de outros países da Europa, em 1942 a Itália buscou inovar no âmbito normativo, uma vez que, por meio da reformulação do Código Civil, realizou a uniformização legislativa das disciplinas privadas da atividade econômica ao unificar em um mesmo diploma legal as matérias de direito civil e comercial (SZTAJN, 2006, p. 234-235); (TRENTINI, 2003, p. 11-12).

Ademais, aindacriou um novo modelo de disciplina privada do exercício da atividade econômica, sintetizando-se a teoria da empresa, ou seja, contrapondo-se ao sistema francês positivado no Código Comercial Napoleônico de 1807. Por consequência disso, a diferenciação com o sistema francês está, de um lado, segundo Irineu Mariani (2006, p. 30-31), com a superação da bipartição do direito privado em civil e comercial, e de outro lado, com a elaboração da teoria da empresa, isto é, a atividade econômica desenvolvida figurar-se-ia como o centro do direito comercial.

Desse modo, sob a perspectiva da teoria italiana, o direito comercial não estaria centrado em determinados tipos de atividades econômicas, não sendo, portanto, uma concepção jurídico-positiva, como ocorreu na teoria dos atos de comércio do direito francês. Paralelamente, foi estabelecido um regime geral da atividade econômica privada, que apenas não abrange as atividades de menor expressão econômica, reservando-as em uma matéria específica do Direito.

Nesse contexto, a inovação normativa²⁴ não foi verificada com a uniformização dos códigos civil e comercial. Uma vez que isso já ocorrera em 1881 na Suíça, a referida inovação está na implementação de um modelo de disciplina privada do exercício da atividade econômica, no qual o núcleo do direito comercial deixa de ser representado pelo ato de comércio, isto é, o tipo de atividade econômica, mas pela importância econômica da atividade (COELHO, 2013, p. 33).

A partir do novo paradigma da teoria do direito empresarial (comercial), a tutela jurídica propiciada por esta área do Direito tornou-se ampla, uma vez que ela não mais se restringe à atividade econômica de natureza comercial, ao passo que a expressão “atividade econômica” tornou-se gênero no qual estão incluídas todas as demais formas de exercer uma atividade econômica, inclusive aquela de natureza comercial (MARIANI, 2006, p. 31).

Segundo aponta Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 34), “é mais apropriado entender a elaboração da teoria da empresa como o núcleo de um sistema novo de disciplina privada da atividade econômica, e não como expressão da unificação dos direitos comercial e civil”. Ou seja, apesar da unificação dos direitos civil e comercial, a inovação a ser enfatizada na teoria da empresa foi a criação de um regime geral da atividade econômica na qual se considera atividade empresarial de acordo com o critério da importância da atividade desenvolvida para a economia.

Em vista disso, a partir da implementação da teoria italiana da empresa, em que o núcleo do direito comercial deixa de ser o ato de comércio e passa ser a empresa, o nome da disciplina jurídica que regula o exercício da atividade econômica privada, anteriormente designada como ‘Direito Comercial’, passa a ter a nomenclatura de ‘Direito Empresarial’, substituindo-se a noção do ato de comércio pela de atividade econômica, e a noção de comerciante pela figura do empresário; o comerciante, enquanto um agente econômico que comercializa um produto no mercado, tornou-se espécie do gênero empresário (MARIANI, 2006, p. 38).

²⁴ Sobre o novo modelo de disciplina privada do exercício da atividade econômica do direito italiano, acentua Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 33), “em 1942, o *Codice Civile* passa a disciplinar, na Itália, tanto a matéria civil como a comercial, e a sua entrada em vigor inaugura a última etapa evolutiva do direito comercial nos países de tradição romanística. É fato que a uniformização legislativa do direito privado já existia em parte na Suíça, desde 1881, com a edição de código único sobre obrigações, mas será o texto italiano que servirá de referência doutrinária porque, embora posterior, é acompanhado de uma teoria substitutiva à dos atos de comércio. Com certeza, não basta a reunião da disciplina privada das atividades econômicas num mesmo diploma legal, para que se eliminem as diferenças de tratamento entre as comerciais e as civis. É necessária ainda uma noção teórica capaz de se constituir o modelo para esta disciplina, um sistema que se contraponha ao francês e o supere. Se a legislação suíça já não apresenta diferenças entre as atividades dos comerciantes e a dos não comerciantes, sob o ponto de vista da disciplina das obrigações, não veio a inovação acompanhada de uma reflexão doutrinária mais abrangente, que projetasse seus efeitos no mundo jurídico de tradição romanística”.

O *Codice Civile* traz no texto normativo do art. 2.082²⁵ uma noção genérica de empresa, uma vez que a legislação italiana não trouxe uma definição jurídica da empresa. Apesar da tentativa de construir um conceito jurídico, a concepção apresentada no texto normativo é assentada em sua realidade econômica, como ressalva Rubens Requião, ao expressar:

O conceito jurídico de empresa se assenta nesse conceito econômico. 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. Por isso, persistem os juristas no afã de edificar em vão uma original noção jurídica de empresa, como se fosse desdouro para a ciência jurídica transpor para o campo jurídico uma bem elaborada formulação econômica (REQUIÃO, 2011, p. 76).

O conceito de empresa emerge do de empresário, considerando-o quem exercita profissionalmente atividade econômica organizada para o fim da produção ou troca de bens ou de serviços. Ou seja, na perspectiva econômica de empresa feita pela legislação italiana, “é portanto empresa no sentido do Código Civil toda organização de trabalho e capital tendo como fim a produção ou circulação de bens ou serviços para a troca” (ASQUINI, 1996, p. 110).

Por conseguinte, para Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 42), “conceitua-se empresa como sendo atividade, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia)”.

Assim sendo, em uma ótica econômica de empresa, ela é um organismo econômico destinado para a produção ou circulação de bens ou de serviços que não advém de mero improviso, mas sendo exercida profissionalmente mediante a organização dos fatores de produção pelo seu titular, isto é, o empresário, para o fim de produzir um resultado econômico, ou seja, a empresa é destinada ao empresário para a produção de riquezas.

Após o advento do Código Civil italiano, a doutrina empresarial buscava construir um conceito jurídico de empresa, e nesse sentido, em 1943, Alberto Asquini observou que o fenômeno econômico da empresa não estrutura a noção jurídica de empresa por um esquema unitário. Por consequência disso, a sua acepção jurídica apresenta um fenômeno econômico

²⁵ Art. 2082 (Imprenditore). È imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi” (ITÁLIA, 1942).

poliédrico, no qual, sob o aspecto jurídico, ela não deve ser inferida em uma única perspectiva, mas ela é verificada sob a ótica de diversos perfis.

Afirmar, porém, que a noção de empresa entrou no novo Código Civil com um determinado significado econômico não quer dizer que a noção econômica de empresa seja imediatamente utilizável como noção jurídica. A exposição de motivos do novo código assumiu o seu dever político, definindo os termos econômicos segundo os quais o conceito de empresa foi introduzido no novo código. Traduzir os termos econômicos em termos jurídicos é tarefa do intérprete, como advertiu corretamente Santoro-Passarelli, no fascículo precedente desta revista. Mas, defronte ao direito o fenômeno econômico de empresa se apresenta como um fenômeno possuidor de diversos aspectos, em relação aos diversos elementos que para ela concorrem, o intérprete não deve agir com preconceito de que o fenômeno econômico da empresa deva, forçosamente, entrar num esquema jurídico unitário. Ao contrário, é necessário adequar as noções jurídicas de empresa aos diversos aspectos do fenômeno econômico (ASQUINI, 1996, p. 113).

Assim, para a teoria proposta por Alberto Asquini (1996, p. 109-110), denominada *perfis da empresa*, o conceito jurídico de empresa é verificado em uma ‘visão multifacetária’²⁶, ou seja, a empresa é delineada em quatro perfis jurídicos inferidos de sua acepção enquanto um fenômeno econômico, e, por consequência disso, os referidos perfis são verificados em uma ótica subjetiva, funcional, patrimonial (ou objetivo) e corporativa²⁷.

Desse modo, para o primeiro perfil, isto é, o perfil subjetivo, a noção jurídica de empresa em sua acepção econômica é vista como o empresário, isto é, o exercente da atividade econômica voltada para a produção ou circulação de bens ou de serviços para o mercado, com a assunção do risco técnico e econômico do capital investido.

Contudo, segundo Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 177), o primeiro perfil da teoria asquiniana da empresa é visto enquanto um empresário, ou seja, aquele sujeito de direito, seja pessoa física, seja pessoa jurídica, que exercerá a atividade econômica organizada voltada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Nesse contexto, o perfil subjetivo da empresa representa uma denominação para um outro instituto jurídico.

Nesse sentido, o referido perfil da empresa nada mais é do que uma nova denominação para um outro instituto jurídico já existente, constituindo-se desse modo uma tautologia, uma vez que o perfil subjetivo da empresa corresponde à noção de empresário, prevista no texto normativo do art. 966 do Código Civil Brasileiro, e do art. 2.082 do

²⁶ Expressão utilizada por Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 177), visão multifacetária significa a existência de várias concepções de empresa.

²⁷ Conforme salienta Rubens Requião sobre a teoria dos perfis da empresa de Alberto Asquini, “deve-se abandonar o esforço da indagação de noção jurídica da empresa, para falar-se, conforme julga o Prof. Ferri mais acertado, em “aspectos jurídicos da empresa econômica”. (REQUIÃO, 2011, p. 81)

Codice Civile. Portanto, sendo um conceito econômico na esfera jurídica, a noção de empresa enquanto uma atividade econômica não pode ser confundida com o sujeito de direito, isto é, o empresário que irá exercê-la.

O perfil funcional vê a empresa enquanto uma atividade econômica desenvolvida pelo agente econômico, e nesse sentido, “sob o ponto de vista funcional ou dinâmico, a empresa aparece como aquela força em movimento que é a atividade empresarial dirigida para um determinado escopo produtivo” (ASQUINI, 1996, p. 116).

A partir da perspectiva da teoria formulada por Alberto Asquini, a qual apresenta diversos sentidos para o termo empresa, a concepção de empresa passa a ser vista sob quatro ângulos, segundo Irineu Mariani, ao destacar:

À sua vez, Giuseppe Valeri destacou quatro elementos da empresa: organização, atividade econômica, fim lucrativo e profissionalidade. Alberto Asquini lançou a tese do fenômeno poliédrico, traduzindo os diversos sentidos do termo empresa, a saber: a) perfil subjetivo (vê a empresa como o próprio empresário); b) perfil funcional (vê a empresa como a própria atividade empreendedora); c) perfil objetivo ou patrimonial (vê a empresa como o próprio estabelecimento); e d) perfil corporativo (vê a empresa como uma instituição). Francesco Ferrara criticou a poliedria dizendo que ela confunde empresa e azienda (estabelecimento), e que o conceito de empresa é simplesmente de direito positivo. Para ele, fora dos casos em que, com equívoco, empresa é usada no sentido de empresário e de estabelecimento, a única significação que resta é a de atividade econômica organizada, já posta em relevo por Carnelutti e Massineo (MARIANI, 2006, p. 34).

Com efeito, a empresa em seu aspecto funcional é a atividade econômica cujo escopo poderá estar voltado para a industrialização de bens, comercialização de produtos ou prestação de serviços pelo empresário, constituindo assim a sua profissão para a busca de riqueza, a razão de ser do exercício de uma atividade econômica.

O perfil patrimonial (ou objetivo) corresponde ao estabelecimento empresarial, ou patrimônio aziendale. A empresa no perfil patrimonial é inferida como todo o complexo de bens, materiais e imateriais, utilizado pelo empresário para o exercício da empresa enquanto uma atividade econômica, isto é, são os bens utilizados para a organização do estabelecimento empresarial.

O fenômeno econômico da empresa, projetado sobre o terreno patrimonial, dá lugar a um patrimônio especial distinto, por seu escopo, do restante do patrimônio do empresário (exceto se o empresário é uma pessoa jurídica, constituída para o exercício de uma determinada atividade empresarial, caso em que o patrimônio integral da pessoa jurídica serve àquele escopo) (ASQUINI, 1996, p. 118).

A partir disso, o exercício da atividade econômica empresarial poderá ocorrer individualmente, por meio do empresário individual ou na figura da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), ou então coletivamente, mediante a constituição de uma sociedade empresária. Exceto em relação à última forma de exercício da referida atividade econômica na qual o empresário é uma pessoa jurídica, o empresário individual é a própria pessoa física²⁸.

Assim, por não ser o empresário individual uma pessoa jurídica, não vige nessa forma de exercício o princípio da autonomia patrimonial, e, portanto, este sujeito de direito titula tanto o seu patrimônio particular quanto o patrimônio afetado para a atividade empresarial. Por consequência disso, segundo aponta Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 158), “no patrimônio da pessoa natural que se dedica à exploração de uma atividade empresarial individualmente, encontram-se indistinguíveis tanto os ativos e passivos relacionados à empresa como os não relacionados”.

Dessa maneira, apesar de existir um patrimônio afetado para o exercício da atividade econômica, pela unicidade do patrimônio, tanto o estabelecimento empresarial quanto o patrimônio particular têm como proprietário uma única pessoa, não se distinguindo empresário individual e a pessoa física²⁹.

No mesmo sentido do perfil subjetivo da empresa, o perfil patrimonial figura-se como uma tautologia, uma vez que ele também é uma nova denominação dada pelo autor italiano para um instituto jurídico já existente, ou seja, o estabelecimento empresarial, considerado como o complexo de bens materiais e imateriais reunidos pelo empresário para o desenvolvimento da atividade econômica.

²⁸A fim de estabelecer a distinção sobre as terminologias no direito empresarial, Fábio Ulhoa Coelho salienta que, “a pessoa jurídica empresarial é cotidianamente denominada “empresa”, e os seus sócios são chamados “empresários”. Em termos técnicos, contudo, empresa é a atividade, e não a pessoa que a explora; e empresário não é o sócio da sociedade empresarial, mas a própria sociedade. É necessário, assim, acentuar, de modo enfático, que o integrante de uma sociedade empresarial (o sócio) *não é empresário*; não está, por conseguinte, sujeito às normas que definem os direitos e deveres do empresário. Claro que o direito também disciplina a situação do sócio, garantindo-lhe direitos e imputando-lhe responsabilidades em razão da exploração da atividade empresarial *pela sociedade de que faz parte*. Mas não são os direitos e as responsabilidades do empresário que cabem à pessoa jurídica; são outros, reservados pela lei para os que se encontram na condição de sócio” (COELHO, 2013, p. 127).

²⁹Sobre da unidade do patrimônio do empresário individual, destaca Fábio Ulhoa Coelho, “o imóvel de propriedade do empresário individual situado na praia, para recreio da família, integra o patrimônio dele, assim como aquele (também de sua propriedade) que abriga o estabelecimento empresarial; da mesma forma, estão nesse único patrimônio a obrigação de pagar a escola particular em que matriculou os filhos e a dívida contraída junto ao banco para obter capital de giro para seu negócio”. (COELHO, 2013, p. 159)

Assim, sendo uma atividade, a empresa não tem a natureza jurídica de sujeito de direito nem de coisa. Em outros termos, não se confunde com o empresário (sujeito), tampouco com o estabelecimento empresarial (coisa)” (COELHO, 2013, p. 35).

O perfil corporativo da empresa, por sua vez, é visto como uma instituição social na medida em que ela é uma organização de pessoas, ou seja, o empresário e seus trabalhadores, em função de um propósito econômico comum.

O empresário e seus colaboradores dirigentes, funcionários, operários, não são de fato, simplesmente, uma pluralidade de pessoas ligadas entre si por uma soma de relações individuais de trabalho, com fim individual; mas formam um núcleo social organizado, em função de um fim econômico comum, no qual se fundem os fins individuais do empresário e dos singulares colaboradores: a obtenção do melhor resultado econômico, na produção (ASQUINI, 1996, p. 122).

Em relação ao perfil corporativo, Fábio Ulhoa Coelho (2013) aponta que o referido perfil sequer corresponde à realidade, uma vez que, para o autor, a concepção de a empresa ser um meio em que há a identidade dos propósitos entre proletariados e os donos dos bens de produção é fruto de uma ideologia de direita, ou totalitarista, como a que era apresentada na época da elaboração da teoria dos perfis da empresa.

Portanto, dos quatro perfis apresentado por Alberto Asquini em sua teoria, o perfil funcional é o que vem ao encontro da concepção de empresa, considerando-a como uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, e os perfis subjetivo e objetivo representam institutos jurídicos existentes (empresário e estabelecimento empresarial), enquanto, por outro lado, o perfil corporativo vem a ser considerado sob a perspectiva de uma acepção ideológica do regime fascista na Itália, em 1943, não correspondendo, por isso, a um conceito jurídico-econômico próprio (COELHO, 2000, p. 177); (MARIANI, 2006, p. 34).

O conceito de empresário e empresa no ordenamento jurídico brasileiro decorre da filiação do direito brasileiro ao sistema italiano, de modo que, a partir do atual Código Civil, a transição da teoria dos atos de comércio para a teoria da empresa foi concluída com a positivação desta última no texto normativo do art. 966³⁰. Por conseguinte, para o referido

³⁰ Como salienta Fábio Ulhoa Coelho, “o direito comercial brasileiro filia-se, desde o último quarto do século XX, à teoria da empresa. Nos anos 1970, a doutrina comercialista estuda com atenção o sistema italiano de disciplina privada da atividade econômica. Já nos anos 1980, diversos julgados mostram-se guiados pela teoria da empresa para alcançar soluções mais justas aos conflitos de interesse entre os empresários. A partir dos anos 1990, pelo menos três leis (Código de Defesa do Consumidor, Lei de Locações e Lei do Registro do Comércio) são editadas sem nenhuma inspiração na teoria dos atos de comércio. O Código Civil de 2002 conclui a transição, aodisciplinar, no Livro II da Parte Especial, o direito de empresa. (COELHO, 2013, p. 42-43)

ordenamento jurídico, salvo exceção legal, toda e qualquer atividade econômica está no núcleo da disciplina privada do exercício da atividade empresarial.

O conceito jurídico de empresa, segundo Flávia Trentini (2003, p. 13-14), tem uma acepção econômica qual é expressada enquanto uma atividade econômica exercida pelo empresário e voltada para a produção ou circulação de bens ou de serviços para o mercado, de modo que os elementos componentes da concepção de empresa são extraídos da definição de empresário. Desse modo, a partir da leitura dos textos normativos do Código Civil brasileiro e italiano, para ser considerado empresário, é preciso considerar três elementos: a) ser exercente de atividade econômica organizada; b) exercer tal atividade profissionalmente, e; c) destiná-la para a produção ou troca de bens ou de serviços.

Nesse sentido, a organização da atividade econômica para fins de produção ou circulação de bens ou de serviços consiste em serem reunidos os fatores de produção para o exercício da atividade empresarial. Segundo Ulhoa Coelho (2003, p. 179), “a empresa é atividade organizada no sentido de que nela se encontram articulados pelo empresário (que a organiza) os quatro fatores de produção: capital, mão-de-obra, insumos e tecnologia”.

Ademais, conforme salienta Flávia Trentini sobre a organização da atividade empresarial do texto normativo do art. 966 do Código Civil, que vale para todos os empresários, independentemente do porte de sua empresa, isto é, sejam os pequenos empresários, sejam os grandes empresários, “a organização de que trata o art. 966 consiste na combinação do capital e do trabalho. Incluem-se no capital os fatores de produtivos mobiliários e imobiliários, deixando de fora os simples atos econômicos” (TRENTINI, 2003, p. 14).

Assim sendo, para a presente pesquisa, será considerada como atividade econômica organizada de que trata a teoria da empresa positivada nos Códigos Cíveis italiano e brasileiro a atividade em que sejam reunidos pelo empresário os fatores de produção, considerando-os como a organização do trabalho alheio, capital, a instituição do estabelecimento, tecnologia e insumos para o desenvolvimento da referida atividade pelo seu titular.

O conceito de profissionalização da atividade empresarial refere-se à habitualidade no exercício da atividade econômica. Esse requisito “não se refere à posse de algum título de estudo, e sim à habitualidade com que é exercida a profissão; ou seja, ela não pode ser desenvolvida ocasionalmente. Germanò adverte que a continuidade deve ser absolutamente intrínseca” (TRENTINI, 2003, p. 14).

Segundo Alberto Asquini (1996) o conceito profissionalmente surge como a exploração da atividade econômica pelo empresário em caráter de continuidade, isto é, não

sendo exercida ocasionalmente. Nesse ínterim, reconhecendo que *profissionalmente* consiste em exercer a atividade econômica empresarial com habitualidade, Alberto Asquini (1996) afirma que este é considerado um elemento natural da referida atividade, enquanto o fim de lucro pelo empresário surge como um objetivo perquirido, não sendo tratado, portanto, como um requisito para o conceito de empresário profissional. Assim, compreende-se o conceito da profissionalização da atividade empresarial como concepção de continuidade no seu exercício, de modo que a pessoa que explora uma atividade econômica sem habitualidade não será considerada empresária.

O exercício da atividade econômica empresarial pelo empresário se figura com o seu exercício voltado para a produção ou troca de bens ou de serviços, ou seja, a industrialização de bens, a comercialização de produtos ou a prestação de serviços.

Segundo Flávia Trentini (2003), a atividade empresarial promove uma série de negócios jurídicos entre consumidores e empresários com a finalidade de lucro para o seu titular. Nesse sentido, o mercado adquire importância para a exploração da empresa, uma vez que não existe uma atividade econômica que não leve ao mercado um bem ou serviço produzido. Nesse diapasão, “em resumo, como as palavras “com o fim de produção ou troca, bens ou serviços”, o código quer dizer que o conceito de empresário deve referir-se a qualquer setor da economia: agrícola, industrial, comercial, creditício, etc.” (ASQUINI, 1996, p. 115). Isso significa dizer que, em virtude da elaboração da teoria da empresa, foi estabelecido um regime geral da atividade econômica privada no qual somente não abrange as atividades de menor expressão econômica, e por consequência disso, salvo as exceções legais, todos os segmentos empresariais podem ser considerados uma atividade empresarial (COELHO, 2003, p. 175).

Em vista disso, será considerado empresário para a teoria da empresa aquele sujeito de direito que exercerá uma atividade econômica com habitualidade na qual estarão reunidos os fatores de produção, isto é, a organização do trabalho alheio, capital, e fatores para a instituição do estabelecimento, tecnologia e insumos, para que essa atividade tenha como fim a industrialização de bens, comercialização de produtos ou a prestação de serviços para o mercado.

Por seu turno, tendo em vista que do conceito de empresário emerge o de empresa, compreender-se-á esta enquanto a atividade econômica exercida com continuidade pelo seu titular, na qual serão reunidos os fatores de produção para o desenvolvimento de uma atividade organizada que terá como fim a produção de bens, comércio de produtos ou a prestação de serviços.

Na legislação italiana, o legislador promoveu a empresa na condição de gênero, arrolando atividades comerciais que teriam registros próprios, ao passo que o legislador brasileiro inovou na concepção de empresário, uma vez que a definiu como gênero e dela excluiu determinadas atividades.

O legislador italiano, por ver a empresa como gênero, arrolou que empresas seriam comerciais para fins de inscrição no registro próprio. O brasileiro preferiu operar de outra forma: define o gênero, dele exclui certas atividades, e com isso, de forma residual, define empresa, que nada mais é do que o conjunto de atividades comerciais, entendida a palavra em sentido amplo. O que induziu o legislador a deixar de fora do quadro geral da empresa profissões intelectuais é, segundo Ferro-Luzzi, a percepção de que há casos em que as prestações de certos agentes econômicos são personalíssimas, que não há como um terceiro, quem quer que seja, vir a substituir o devedor e, portanto, mesmo que a atividade seja exercida em conjunto ou com o auxílio de outras pessoas, o regime geral da empresa não lhe pode ser aplicado. Assim, melhor do que o exemplo de Sylvio Marcondes (médico e hospital) investigar se a prestação é fungível e, nesse caso pode-se pensar em empresário ou empresa, ou não é, por natureza, fungível, mas personalíssima e nesse caso não há como recorrer à organização para dizer que se aplicam as normas relativas à empresa (SZTAJN, 2006, p. 243).

Assim, o legislador brasileiro definiu o conceito de empresário e empresa de maneira residual, ou seja, caso determinada atividade econômica não esteja no rol das atividades excluídas do conceito de empresa prevista na primeira parte do texto normativo do parágrafo único do art. 966 do Código Civil, será considerada uma atividade econômica empresarial, e por conseguinte, o sujeito de direito que a está explorando será considerado empresário.

Segundo aponta Fábio Ulhoa Coelho (2003), de acordo com o atual Código Civil, são excluídas da disciplina geral do desenvolvimento da atividade empresarial quatro atividades econômicas: a atividade intelectual, as atividades desenvolvidas pelas cooperativas, a atividade rural cujo produtor não requereu a sua inscrição no registro de empresas (Junta Comercial), e aquelas atividades econômicas nas quais não há a organização dos fatores de produção pelo seu titular.

A atividade intelectual é aquela exercida pelos profissionais intelectuais (ou profissionais liberais), e por força do texto normativo do parágrafo único do art. 966 do Código Civil, a atividade intelectual é a atividade econômica de natureza científica, literária e artística, isto é, atividades exercidas por advogados, médicos, engenheiros etc. A referida exceção do conceito de empresa, segundo Rachel Sztajn (2006), decorre da natureza personalíssima da atividade intelectual, uma vez que, nas prestações de serviços por profissionais intelectuais, não há a possibilidade de um terceiro substituí-lo, pois somente o

referido prestador de serviços terá as capacidades técnicas para a prestação do serviço, e por consequência disso, ainda com o concurso de auxiliares, o direito empresarial não lhe será aplicável.

No entanto, na segunda parte do texto normativo do parágrafo único do art. 966 do Código Civil, há uma exceção na qual o profissional intelectual será considerado empresário, isto é, trata-se da hipótese em que a atividade econômica explorada constitui elemento de empresa³¹, em outras palavras, “sempre que o exercente de profissão intelectual dedicar-se mais à atividade típica de empresário (organização dos fatores de produção) do que propriamente à função científica, literária ou artística” (COELHO, 2003, p. 182).

Portanto, de acordo com o exposto na legislação civilista brasileira, as atividades intelectuais estão excluídas da disciplina geral do desenvolvimento da atividade empresarial, de modo que o direito empresarial não será aplicável a essa atividade, mas o direito civil, salvo se na referida atividade verificar-se a constituição do elemento de empresa, ou seja, os fatores de produção.

Em relação às atividades cooperativas, independentemente da atividade econômica explorada, por expressa disposição legal do texto normativo do parágrafo único do art. 982³² do Código Civil, será considerada uma atividade civil.

O exercício da atividade econômica é dividido em duas espécies, a atividade econômica rural e a atividade econômica não-rural. Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho salienta:

As atividades rurais, no Brasil, são exploradas em dois tipos radicalmente diferentes de organizações econômicas. Tomando-se a produção de alimentos por exemplo, encontra-se na economia brasileira, de um lado, a agroindústria (ou agronegócio) e, de outro, a agricultura familiar. Naquela, emprega-se tecnologia avançada, mão-de-obra assalariada (sempre numerosa, por vezes permanente ou temporária), especialização de culturas, grandes áreas de

³¹Explicando a hipótese na qual na atividade intelectual verifica-se o elemento de empresa, Rachel Sztajnsalienta que, “ainda uma vez, recorre-se a Sylvio Marcondes que explica que certas pessoas, exercendo profissionalmente atividades econômicas, criando bens ou serviços, quando essas atividades faltam a organização dos fatores da produção que, ainda quando venha existir é “meramente acidental: o esforço criador se implanta na própria mente do autor, que cria o bem ou o serviço”. Em seguida aduz: “A não ser que, organizando-se em empresa, assumam a veste de empresários. Parece um exemplo bem claro a posição do médico, o que quando opera ou faz diagnóstico, ou dá a terapêutica, está prestando um serviço resultante de sua atividade intelectual, e por isso não é empresário. Entretanto, se ele organiza fatores da produção, isto é, um capital, trabalho de outros médicos, enfermeiros, ajudantes, etc., e se utiliza de imóvel e equipamentos para a instalação de um hospital, então o hospital é empresa e o dono ou titular desse hospital(...), será considerado empresário porque está, realmente, organizando os fatores de produção, para produzir serviços.” (SZTAJN, 2006, p. 243).

³²“Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais. Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa” (BRASIL, 2002a).

cultivo; na familiar, trabalham o dono da terra e seus parentes, um ou outro empregado, e são relativamente menores as áreas de cultivo (COELHO, 2003, p. 181).

Atento à realidade social do produtor rural, isto é, aquele sujeito de direito que exerce, de forma habitual, profissional e com o intuito de obter lucro, atividade rural, envolvendo a produção e a circulação de bens e serviços de natureza pecuária, agroindústria, agrícola, e extrativa, o legislador brasileiro facultou-lhe a sua inscrição no registro público de empresas, hipótese na qual o produtor rural exercerá a sua atividade econômica na condição de autônomo. Isso significa dizer que, consoante o texto normativo do art. 971 do Código Civil, o sujeito de direito cuja atividade rural constitua sua principal profissão pode requerer inscrição no registro público de empresas mercantis, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado para todos os efeitos ao empresário sujeito a registro (WAISBERG, 2016, p. 84-86).

Desse modo, caso o produtor rural requeira a sua inscrição no registro público de empresas (Junta Comercial), ele será considerado empresário, sendo-lhe aplicadas, conseqüentemente, as regras e princípios do direito empresarial; mas caso opte por não levar a registro a sua atividade econômica, ele será considerado autônomo, e seu regime jurídico será o de direito civil.

A última atividade econômica não-empresarial apontada por Fábio Ulhoa Coelho (2003) é aquela exercida por aquele que, mesmo exercendo-a profissionalmente e com o fim de destinar ao mercado um produto ou serviço, não promove a organização da referida atividade. Nesse contexto, Fábio Ulhoa Coelho contextualiza essa hipótese na ocasião em que, “com o desenvolvimento dos meios de transmissão eletrônica de dados, estão surgindo atividades econômicas de relevo exploradas sem empresa, em que o prestador dos serviços trabalha sozinho em casa” (COELHO, 2003, p. 180). Assim, mesmo que haja o intuito de lucro, por faltar um dos elementos constituidores do conceito de empresa, isto é, a atividade econômica organizada, ele não será considerado empresário, e o seu regime jurídico não será o do direito empresarial.

Portanto, em contraposição à teoria dos atos de comércio do direito francês, a teoria italiana dos atos empresariais supera a bipartição do direito privado em civil e comercial e sobretudo, mediante a referida teoria, o núcleo do direito comercial deixa de ser determinado por tipos de atividades econômicas arroladas pelo legislador, mas é estabelecido um regime geral da atividade econômica privada, no qual somente não abrange as atividades de menor expressão econômica.

A partir desse novo paradigma da disciplina privada que regula o desenvolvimento da atividade empresarial, substitui-se a figura do comerciante pelo de empresário, aquele tornando-se espécie deste. Por sua vez, tanto o legislador italiano quanto o legislador brasileiro trazem nas legislações civilistas uma noção genérica de empresa, de modo que não é desenvolvida uma definição jurídica da empresa.

Nesse sentido, o conceito de empresa emergirá do conceito de empresário, considerado como aquele sujeito de direito que exercerá profissionalmente uma atividade econômica organizada voltada para a produção ou circulação de bens e serviços para o mercado. Conseqüentemente, a acepção de empresa é a atividade econômica desenvolvida pelo empresário.

2.3 Direito da empresa em crise: uma abordagem histórico-evolutiva

Em virtude da realização de negócios jurídicos, o cumprimento da obrigação assumida pelo devedor constitui um elemento de extinção natural de sua dívida. Entretanto, vindo o devedor a descumprir com a sua contraprestação, verificar-se-á a existência do elemento patológico na relação jurídica existente, isto é, a quebra da expectativa no recebimento do bem futuro pelo credor.

O processo falimentar, economicamente considerado no importante estudo do mestre Alfredo Rocco, é um fato patológico no desenvolvimento da economia credora: é o efeito do anormal funcionamento do crédito. A base de todos os atos creditórios, acentua Alfredo Rocco, é sempre a expectativa de um bem futuro prometido por aquele que recebe o crédito e, então, a confiança surge como elemento essencial (OLIVEIRA, 2005, p. 17).

Ao assumir uma obrigação creditícia, o devedor se compromete a cumpri-la no prazo convencionado, de modo que a pontualidade no pagamento representa um seguro da normalidade econômica para os credores, ou seja, a concretização da expectativa do credor com a contraprestação daquele que recebeu o crédito. A impontualidade no adimplemento no prazo certo constitui um rompimento do sistema econômico e creditício, uma vez que serão causados inúmeros dissabores e inconveniências ao credor que vê frustrada a sua expectativa de recebimento de seu crédito (DORIA, 2000, p. 149); (OLIVEIRA, 2005, p. 17); (REQUIÃO, 1998, p. 01).

A partir da ideia de responsabilidade patrimonial pela inadimplência de uma obrigação assumida pelo devedor, surge aos credores a possibilidade de satisfação singular de

seu crédito por meio de demanda judicial isolada, na qual visará a constrição dos bens do patrimônio do devedor. Entretanto, quando a inadimplência do devedor é verificada perante vários credores, a estes o ordenamento jurídico institui o procedimento de execução concursal para a cobrança de seus créditos.

Mas, como o comerciante se vale do crédito para obtenção dos recursos com os quais irá solver suas obrigações, há sempre a possibilidade de vir a enfrentar dificuldades financeiras capazes de conduzir à situação de não poder atender a seus credores. A esse estado, decorrente da incapacidade financeira do comerciante para atender a seus compromissos, é que se chama de falência.

A falência tem, portanto, o sentido de falta do devedor comerciante que, não podendo atender às suas obrigações, inobserva-as, enganando os seus credores e, afinal, rompendo o sistema econômico e creditício.

Objetivando a segurança do crédito, o instituto da falência revela-se, do ponto de vista técnico, como um processo de execução coletiva que, tendo por escopo a defesa dos interesses dos credores do devedor comum, evita o tumulto das execuções individuais que levariam a uma desigualdade de tratamento dos direitos creditórios (DORIA, 2000, p. 149).

Nesse contexto, o vocábulo falência³³ possui a sua origem etimológica do verbo latim *fallere*, que significa faltar, enganar, ao passo que, no âmbito jurídico, diante da insuficiência patrimonial e financeira para o cumprimento das obrigações pelo devedor perante credores diversos, impõe um tratamento coletivo da questão apresentada, de modo que, a partir da arrecadação e liquidação dos bens que compõem o patrimônio do devedor, a falência designa o instrumento jurídico instituído para a satisfação dos débitos do devedor, e por conseguinte, haja vista as espécies de cada crédito, promover-se-á um tratamento paritário entre os credores, dando-se preferência na satisfação creditícia aos mais necessitados ou com garantias contratadas (REQUIÃO, 1998, p. 3); (COELHO, 2013, p. 254-255).

Com efeito, de acordo com sistema concursal adotado, isto é, sistema ampliativo ou sistema restritivo (latino ou especial), a falência terá um pressuposto subjetivo para a sua aplicação, de maneira que, no sistema ampliativo, a eficácia do referido instituto incidirá tanto para o devedor empresário quanto para o devedor não-empresário, enquanto que, no sistema restritivo, a eficácia do instituto apenas incidirá para o devedor empresário, estabelecendo, conseqüentemente, dois procedimentos coletivos de cobrança de créditos pelos credores, um para a ordem civil e outro para a ordem empresarial (MAFFIOLETTI, 2015, p. 159-160).

³³ “Derivado do latim *fallere* e do grego *sphallein*, de que se formou *fallentia*, falência, palavra que possui, obrigatoriamente, o significado de falha, defeito, carência, engano ou omissão. Utilizava-se, ainda, a expressão *bancarrotta*, de *banco rotto*, que significa banco quebrado, para definir a falência fraudulenta. Outra expressão utilizada por demais conhecida para definir a falência é a “quebra”, empregada pelos portugueses para designar “quebrado”, “ruinado” e “sem dinheiro”” (OLIVEIRA, 2005, p. 24 – Grifo do Autor).

Nos países que adotam o sistema restritivo para a aplicação da falência como instrumento de execução coletiva de dívidas pelos credores do devedor comum, de um lado, o direito institui a falência como instrumento para a execução concursal de empresários que não conseguem cumprir suas obrigações, e do outro lado, aos não-empresários, ter-se-á o instituto da insolvência civil (ou concurso de credores), ou seja, o procedimento concursal para a liquidação das dívidas do devedor que não exerce atividade econômica empresarial ou que não exerce nenhuma atividade econômica.

Diante disso, por opção legislativa, no Brasil, a Lei 11.101/05 filiou-se ao sistema concursal restritivo, uma vez que somente estão sujeitos à recuperação (extra)judicial à falência os exercentes de atividade empresarial, ou seja, os empresários. Por conseguinte, para os não-empresários, isto é, exercente ou não de atividade econômica não-empresarial, o ordenamento jurídico brasileiro destina o instituto da insolvência civil para regular a execução concursal do devedor civil.

A insolvência é o inadimplemento qualificado pela falta de razão em direito, de modo que o estado patrimonial do devedor que possui um patrimônio ativo inferior ao seu patrimônio passivo, ou então a ausência de crédito para honrar suas obrigações, vem a caracterizar a sua insolvência econômica ou insolvabilidade (COMPARATO, 1983, p. 341); (COELHO, 2013, p. 263).

Não obstante a distinção apresentada por Fábio Konder Comparato entre insolvência e insolvabilidade, Rubens Requião (1998, p. 5) utiliza as referidas expressões no mesmo sentido etimológico, isto é, a insolvência representa a inaptidão econômica do devedor em não cumprir suas obrigações, enquanto a insolvabilidade é o estado de insolvência apresentado por esse mesmo devedor.

No entanto, conforme destaca Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 263-264), é irrelevante para fins de decretação de falência do empresário a insolvência econômica, uma vez que o pressuposto da insolvência não se caracteriza por um determinado estado patrimonial, mas pela ocorrência de um dos fatos previstos em lei como ensejadores da quebra, isto é, a insolvência jurídica, a qual vem a ser caracterizada, segundo a Lei 11.101/05³⁴, pela impontualidade injustificada no cumprimento de obrigação líquida, execução frustrada, ou então se o empresário praticar ato de falência.

³⁴Art. 94. Será decretada a falência do devedor que: I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência; II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal; III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial: a) procede à liquidação

Assim, instrumentalizando a responsabilidade patrimonial do empresário na ocasião de sua insolvência jurídica, o instrumento jurídico para o resguardo dos interesses provindos da função social da empresa, bem como a satisfação dos créditos de credores diversos de um mesmo devedor, será por meio da falência, a qual se contrapõe às execuções individuais promovidas por credores mais ágeis para a satisfação de seus créditos, de tal modo que se evite o exaurimento do patrimônio ativo do devedor, estabelecendo, assim, uma paridade de tratamento entre os credores com graus de necessidade ou garantias pactuadas.

Contudo, a concepção de responsabilidade patrimonial do devedor para a satisfação de suas obrigações constitui um estágio evolutivo nos ordenamentos jurídicos da civilização ocidental, pois em outros tempos, na ocasião de o devedor não possuir bens em seu patrimônio suficientes para o pagamento de suas dívidas, a responsabilidade pelo cumprimento das obrigações era corporal.

Nos primórdios, o devedor respondia por suas obrigações com a liberdade e até mesmo com a própria vida.

No direito quiritário (*iusquiritium, iuscivile*), a fase primitiva do direito romano, que antecede à codificação da Lei das XII Tábuas, o *nexum* (liame entre devedor e credor) admitia a *addicere*, adjudicação do devedor insolvente que, por sessenta dias, permanecia em estado de servidão para com o credor. Não solvido o débito nesse espaço de tempo, podia o credor vendê-lo como escravo no estrangeiro (*transTiberim*, além do Tigre), ou até mesmo matá-lo, repartindo-lhe o corpo segundo o número de credores, numa trágica execução coletiva (ALMEIDA, 2009, p. 05).

Na fase primitiva do direito romano, representada pelo direito quiritário, sem a necessidade da intervenção do Estado, os primitivos romanos poderiam promover a justiça com as próprias mãos (autotutela), de tal modo que, mediante a adjudicação do devedor ao credor, com o consequente cárcere privado, ele poderia defender o seu direito creditício pela sanção corpórea e pessoal do devedor.

precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos; b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não; c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo; d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor; e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo; f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento; g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial” (BRASIL, 2005).

Nesse contexto, tanto no referido período, quanto após a positivação do direito romano por meio da Lei das XII Tábuas³⁵, segundo Rubens Requião (1998, p. 8), ainda era refletido o mesmo princípio vigente na Antiguidade³⁶⁻³⁷, ou seja, a responsabilidade corporal do devedor para a satisfação de suas dívidas.

Entretanto, não obstante na Lei das XII Tábuas ainda vigesse a responsabilidade corporal, é a partir dela que é delineada a diferenciação entre a execução singular e execução coletiva para a cobrança das dívidas inadimplidas do devedor (OLIVEIRA, 2005, p. 26).

Em virtude do rigor da sanção corpórea consubstanciada na *manusinjectio* para a satisfação da dívida do devedor, com a *Lex PoeteliaPapira*, o direito romano cria um mecanismo patrimonial para a referida pretensão, extinguindo a responsabilidade corporal do devedor, substituindo-a pela responsabilidade patrimonial das obrigações por ele assumidas e não-cumpridas.

A impiedade das primitivas regras do Direito romano cessaria, contudo, com a *Lex PoeteliaPapira*, do ano 428, ou 441 de Roma, que, extinguindo a *manusinjectio* e dando maior conotação pública ao procedimento, é apontada como verdadeiro marco da passagem da execução pessoal para a de índole patrimonial.

Instituiu-se a *bonorumvendictio*, que se realizava por meio da *missio in possessionem*. Por ela o pretor autorizava a uma determinada pessoa que entrasse na posse dos bens do devedor, como forma de pressioná-lo ao pagamento. Se este, a despeito do desapossamento, não fosse realizado, os bens eram transmitidos ao *bonorumemptor*, que sucedia o devedor ativo e

³⁵ “De acordo com o regime da Lei das Doze Tábuas, a execução realizava-se por meio da *manusinjectio*. Na conformidade com o sistema, confessada a dívida, ou julgada a ação, o devedor tinha um prazo de trinta dias para efetuar o seu pagamento. Caso não o fizesse, dentro desse prazo, iniciar-se-ia a execução, por meio da *manusinjectio*, quando então o exequente conduzia o devedor à presença do magistrado. Se o devedor não solvesse a dívida, ou, ainda, na hipótese de não aparecer quem quisesse evitar a apreensão, assumindo a responsabilidade do débito (*vindex*) e, pois, desobrigando o devedor, era este levado pelo credor para a sua casa, amarrando com uma corda ou tendo os pés algemados. Ficava, de conseguinte, o devedor *addictus* ao credor, que o adjudicava, podendo tê-lo preso por sessenta dias.

Findo esse prazo sem que as partes nada pactuassem a respeito da dívida, o devedor era conduzido a três feiras consecutivas e, após a última, era condenado à morte, ou vendido a estrangeiro. Se mais de um credor existisse, o corpo do devedor era dividido entre os seus credores, pouco importando fosse ele cortado a mais ou a menos” (DORIA, 2000, p. 156).

³⁶ A análise histórica iniciar-se-á a partir do Direito Romano, haja vista que, foi nesse período que doutrina registra o início da estruturação do hodierno Direito da Empresa em Crise.

³⁷ Apesar de esta pesquisa iniciar a análise histórica do Direito da Empresa em Crise a partir do Direito Romano, importante destacar que, na Antiguidade já existira a responsabilidade corporal do devedor pelas obrigações assumidas. Nesse sentido, destaca Dylson Doria (2000, p. 156-157), “Com tais ponderações, vejamos que na Antiguidade imperava o princípio o qual o corpo do devedor respondia pelo pagamento das dívidas que houvesse contraído.

Dessa época constitui significativo exemplo o Código de Manu, na Índia, que consignava ao credor o poder de submeter o seu devedor a trabalho escravo. É também o caso da legislação egípcia, que, em tempos remotos, consagrava a admissibilidade da escravidão por dívidas. Outrossim, sobreleva ainda considerar, como dado histórico de real valor, a concepção então encontrada na Grécia, sobretudo pela influência que o Direito helênico exerceria na legislação dos povos. É que, também entre os gregos, vigorava, a seu tempo, a regra que submetia o devedor à servidão pessoal, na hipótese de não-pagamento da dívida”.

passivo, com a incumbência de pagar os credores (DORIA, 2000, p. 156-157) (grifo do autor).

Dessa maneira, com a extinção da *manusinjectio*, nesse período da história do direito romano, embora fossem admitidas sanções como perdas de direitos civis, em que o devedor era considerado como se morto fosse, expulsão da cidade, perda da cidadania romana e ainda marcação com a nota de infâmia, não mais se admitia a responsabilidade pessoal do devedor como instrumento de liquidação de obrigações, mas os bens do patrimônio do devedor que passavam a ser objeto de constrição para o pagamento das dívidas não-cumpridas (REQUIÃO, 1998, p. 09); (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2016, p. 197).

Por seu turno, surge a *Lex Iulia Bonorum*, na qual cria a *cessiobonorum*³⁸, e por meio da qual facultava ao devedor a cessão de seus bens ao credor, que podia vendê-los separadamente.

Data dessa época a *cessiobonorum*, introduzida pela *Lex Julia* no ano de 737 de Roma. De acordo com ela o devedor colocava os seus bens à disposição dos credores, com que o escapava à execução pessoal e à nota residual que a *bonorumvendictio* acarretava. Essa cessão, porém, não se dava a título de transferência da propriedade, mas para que os credores promovessem a venda dos bens. Observe-se, todavia, que nem todos os credores seriam admitidos à posse e ao proveito da venda dos bens do devedor comum, pois apenas os que tivessem seus créditos reconhecidos pelo magistrado eram contemplados com a média (DORIA, 2000, p. 157) (grifo do autor).

É nesse período da história do direito romano que são exteriorizados elementos da falência. Waldemar Ferreira expressa que “não poucos os romanistas divisam a *Lex Julia* o assento do moderno Direito Falimentar, por ter editado os dois princípios fundamentais – o direito dos credores de disporem de todos os bens do devedor e o da *parcondicti creditorum*” (apud ALMEIDA, 2009, p. 05-06).

Diante disso, é a partir da instituição *Lex Iulia Bonorum* que há o entendimento doutrinário³⁹ acerca da real influência do direito romano na estruturação dos modernos processos envolvendo a empresa em crise, ou seja, a atuação substancial do direito romano na formação da estrutura dos atuais processos de falência e recuperação (extra)judicial de países diversos.

³⁸ Segundo Celso Marcelo de Oliveira (2005, p. 28), “com a *cessiobonorum*, o credor passa a tomar a iniciativa da execução em seu benefício e também dos demais credores, surgindo assim, o conceito de massa falida”.

³⁹ Fábio Ulhoa Coelho, Celso Marcelo de Oliveira, Rubens Requião e Dyson Doria são alguns dos autores que entendem pela influência do direito romano na estruturação dos modernos processos envolvendo a empresa em crise.

A partir da influência propiciada pelo direito romano, na Idade Média, em consonância com o desenvolvimento da atividade econômica nas cidades italianas, é estruturado o procedimento do direito falimentar voltado a tutelar a insolvência dos devedores comerciantes e não-comerciantes.

Na Idade Média, a partir do século XII, forma-se, com base no direito romano e no direito canônico, um direito comum. Através dos usos e costumes, consagrados nas decisões dos juízos consulares, no âmbito das corporações, constitui-se o direito comercial, de sentido informal e cosmopolita.

Nas cidades italianas, o primitivo direito comercial predomina, integrando-se, muitas vezes, no direito comunal. É nesse ambiente, de viva atividade mercantil, que se delinea, a partir do *concursum creditorum*, do direito romano, o incipiente direito falimentar, com sentido mais severo. Ao falido se reservava toda a sorte de vexames, que o tornava, com a pena de *infâmia*, um réprobo social. Nenhuma distinção existia entre a insolvência do devedor comerciante e a do não-comerciante. Todos, indistintamente, se sujeitavam às regras do direito falimentar (REQUIÃO, 1998, p. 10) (grifo do autor).

Na Idade Média, a falência era caracterizada em três hipóteses, isto é, a pedido do próprio devedor insolvente, pela fuga ou ocultação do devedor, sem deixar bens suficientes para o pagamento de suas obrigações, ou então, a requerimento do credor⁴⁰, sendo que, nesse período, a pretensão pela satisfação do crédito pelo credor deixa de ser promovida pela autotutela, e, por conseguinte, a cobrança de dívidas passa a ser de responsabilidade do Estado (OLIVEIRA, 2005, p. 29) (DORIA, 2000, p. 157).

No entanto, é traço característico do direito falimentar nesse período a repressão penal, haja vista que a falência era considerada uma infração penal, e por consequência disso, visava-se punir os devedores desonestos por meio de sanções, tais como prisão do devedor insolvente, penas de infâmia com outras sanções vexatórias.

Com efeito, direito falimentar e falência possuíam sinonímia, uma vez que se tratava do instrumento jurídico que visava a falência do devedor insolvente, comerciante e a do não-comerciante, tornando-se, nesse sentido, um mecanismo único para tutelar a insolvência do devedor.

⁴⁰Segundo destaca Celso Marcelo de Oliveira (2005, p. 29), “O ilustre doutrinador José Cândido Sampaio de Lacerda escreveu que a falência pode ocorrer em três hipóteses: em caso de fuga do devedor; a requerimento do credor ou a pedido do próprio devedor, comerciante ou não. Depois de instaurada a falência, os credores instituía, através de assembléias, um administrador para os bens do falido, sendo dado a este prazo de um ano para que saldasse suas dívidas. Caso não fizesse cumprir determinados estatutos, como recorda Bolonha Milão (1964), excluía-no de todo e qualquer benefício; outros privavam do direito de cidadania, além de toda consequência dessa dívida estender-se a seus filhos e herdeiros”.

Influenciada pela ideologia liberal do século XIX, a partir do Código Comercial Napoleônico de 1807, a falência assume um caráter econômico, na qual se refletiriam as modificações pelas quais passariam o direito comercial, e conseqüentemente, o direito falimentar, como ressalva Celso Marcelo de Oliveira, ao expressar:

Nos tempos chamados de modernos tivemos um marco importante, que foi a criação do Código Napoleônico. Pode-se notar, também, que nova mentalidade começou a influenciar o direito falimentar, devido às ideias individualistas e utilitaristas sobre a economia liberal. Napoleão, criador do código vigente, demonstrou, através deste, que não compreendia as distinções que havia entre os falidos; achava que o falido deveria ser julgado independente de sua culpa ou dolo, pois a falência poderia ser usada para criar fortuna, sem fazer perder a honra. No entanto, tomou medidas para impedir que isso acontecesse, criando a pena de detenção com efeitos de correção. Foi relevante nesse período a distinção feita entre os devedores honestos e os desonestos, facultando aos que estavam de boa-fé os benefícios da moratória, com o aperfeiçoamento da concordata. Com o passar do tempo, foram surgindo novas leis, como a de 28 de maio de 1838, a de 4 de março de 1889, a de 22 de maio de 1955 e a de julho de 1967, estabelecendo à falência um caráter econômico-social, até chegar nos dias atuais em que ela é reconhecida como uma instituição social (OLIVEIRA, 2005, p. 29-30).

Além de restringir a aplicação da falência ao comerciante, e ainda diferenciando o devedor honesto do desonesto, para fins de concessão de moratória para o pagamento das dívidas⁴¹, o Código Comercial francês supera o paradigma existente quanto ao instituto da falência, uma vez que ela deixa de ser tratada enquanto uma infração penal e passa a ser analisada como um fato econômico existente no âmbito do desenvolvimento da atividade econômica, ao passo que a repressão às fraudes pelo devedor insolvente é disciplinada por meio do direito penal falimentar (DORIA, 2000, p. 158); (ALMEIDA, 2009, p. 7).

Nesse contexto, as ideologias dominantes do mercantilismo e do liberalismo se revelaram como fatores complementares para inspirar o caráter de austeridade da falência no Código Comercial Napoleônico de 1807. Por consequência disso, na evolução histórica do instituto, que punha em destaque os interesses dos credores, diante da deterioração do patrimônio do falido, houve a simplificação do procedimento, para torná-lo mais célere, e por seu turno, passou-se a tratar a crise enquanto um instituto falimentar na atualidade ocasionada aos exercentes de atividade econômica (MARTINS, 2016, p. 24); (REQUIÃO, 1998, p. 12).

⁴¹ Acerca da moratória, destaca Adriano de Oliveira Martins (2013, p. 80), “[...] criou-se a figura da moratória como forma de beneficiar os devedores comerciantes tidos por honestos, o que, sem dúvida, veio a mitigar os rigores iniciais do período em questão”.

Assim, a partir das consequências advindas da crise da empresa, a crise empresarial não se limitará a ensejar reflexos apenas para o empresário, pois haverá o fim de postos de empregos, desabastecimento de produtos e serviços do mercado de consumo, diminuição na arrecadação de tributos, e dependendo das circunstâncias envolvendo a falência do empresário com a consequente paralisação da empresa, serão verificados problemas na economia local, regional ou nacional (COELHO, 2013, p. 245). Os ordenamentos jurídicos⁴² buscaram criar instrumentos que promovessem a preservação da empresa, colocando a falência como opção para empresas inviáveis de se recuperar.

Considerando a atual legislação que trata da recuperação (extra)judicial e da falência do empresário quando em crise empresarial, isto é, a Lei 11.101/05, o desenvolvimento do direito da empresa em crise no Brasil pode ser dividido em cinco etapas evolutivas. Assim, como o Brasil era colônia de Portugal, naquela época eram aplicadas as Ordenações do Reino.

As Ordenações Afonsinas, revistas por ordem del Rei D. Manuel, em 1521, passando a se denominar Ordenações Manoelinas, regulavam também o concurso de credores, que ocorria quando o patrimônio do devedor não bastava para solver todos os seus débitos. Prevalencia, entretanto, ainda o princípio da prioridade do direito do primeiro exequente, dada a influência do antigo direito visigótico.

Tornando-se insolvente o devedor, ou *quebrado* na linguagem manuelina, não se podia fazer nenhuma diligência, execução ou penhora, no período de um mês. O devedor era preso: “E sendo o devedor condenado por sentença que passe em julgado” – determinava a Ordenação – “que faça-se em seus bens execução e nome lhe achando bens que bastem para a dita condenação, em tal caso deve o dito devedor seer preso e retendo na cadeia atee que pague o em que for condenado”. Era-lhe facultado, contudo, fazer a cessão de bens para evitar o encarceramento.

As Ordenações Filipinas, surgidas na Espanha em 1603 e aplicadas a Portugal submetido então ao reino de Castela, maior influência que tiveram no Brasil, devido o florescimento da Colônia e o despertar das suas atividades mercantis. Nessa Ordenação ficou delineado o direito falimentar (REQUIÃO, 1998, p. 15-16).

⁴² “Nos Estados Unidos, o primeiro diploma de direito estatutário dispondendo sobre recuperação judicial de empresas surgiu em 1934, visando atenuar os efeitos da crise provocada pela quebra da Bolsa de Valores de Nova York em 1929. Em França, o instituto foi introduzido na lei em 1967 e aperfeiçoado em 1985 e 1995. Na Itália, sob a denominação “administração extraordinária”, ele apareceu nos fins do ano 1970. Em Portugal, em 1976, criou-se a “declaração da empresa em situação economicamente difícil”, embrião do “Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência”, de 1993. Áustria (1982), Reino Unido (1986), Colômbia (1989), Irlanda (1990), Austrália (1992), Espanha (1992) e Argentina (1994) são outros países que, no fim do século passado, introduziram mudanças no direito falimentar com o objetivo de criar mecanismos mais eficientes de preservação das empresas viáveis diante das crises. No Brasil, a Lei de Falências de 2005 introduziu o procedimento da recuperação das empresas, em substituição à concordata” (COELHO, 2013, p. 245).

Durante a vigência das Ordenações Afonsinas, e por sua vez, em 1521, as Ordenações Manoelinas, a falência estava positivada no Direito Criminal, de modo que, no período do Brasil Colônia, lhe foi atribuída uma natureza de infração penal ao devedor quebrado, pois, ocorrendo a falência do devedor, este seria preso até liquidar a sua obrigação. Entretanto, a fim de evitar a prisão, poderia o devedor ceder seus bens aos seus credores.

Contudo, não obstante a previsão acerca da quebra do devedor insolvente, segundo Amador Paes de Almeida (2009, p. 07), as Ordenações Afonsinas não previam, de maneira específica, a quebra do comerciante, a qual ocorreu somente com a Lei de 8 de março de 1595, e que, posteriormente, inspirou o Título LXVI, do livro V, das Ordenações Filipinas.

Em 1603, com o advento das Ordenações Filipinas, em título especial, sob a denominação “Dos mercadores que quebravam”, instituía-se pela primeira vez no Brasil a quebra do comerciante, na qual distinguia entre aqueles que caíssem na insolvência com ou sem culpa, ao passo que os que fossem considerados culpados pelo estado de insolvabilidade eram equiparados aos ladrões públicos, e conseqüentemente eram inabilitados para o comércio, impondo-se ainda a tais comerciantes sanções que variavam do degredo à pena de morte. Os que caíssem na insolvência sem culpa não incorreriam em sanções, bem como poderiam realizar a autocomposição com seus credores (ALMEIDA, 2009, p. 7-8); (DORIA, 2000, p. 158).

Durante a vigência das Ordenações Filipinas, diversos alvarás foram expedidos, mas foi o Alvará de 13 de novembro de 1756 que teve destaque no âmbito das disposições normativas sobre a quebra do comerciante, uma vez que instituiu o ponto de partida para a análise do processo de falência, conforme destaca Celso Marcelo de Oliveira:

Na vigência das Ordenações Filipinas, inúmeros alvarás foram expedidos, sobressaindo-se o editado pelo Marquês de Pombal, pois foi desse alvará de 13.11.1756 que tivemos um originalíssimo e autêntico processo de falência, em face do comércio mercantil, considerado o ponto de partida da instituição falimentar do direito pátrio, pois não só regulava a punição penal do crime falimentar, como também a falência culposa e a inocente (OLIVEIRA, 2005, p. 32).

Com efeito, o referido alvará exerceu influência na disciplina da falência na terceira parte do Código Comercial de 1850, e não obstante ele dispor sobre o procedimento penal falimentar e a falência culposa, o Alvará de 13 de novembro de 1756 ainda dispunha sobre a falência casual e inocente, a qual se iniciava com a confissão da quebra e a entrega das chaves

do ponto comercial e os livros diários, descrevendo ainda todos os seus bens, sem ocultar nenhum deles⁴³ (REQUIÃO, 1998, p. 18-19).

Diante da independência do Brasil, a legislação sobre falência recebida de Portugal continuou a vigor, e houve a promulgação da Lei de 30 de outubro de 1823, na qual dispunha a observância da Lei da Boa Razão, ou seja, o Alvará de 18 de agosto de 1769, o qual aplicava as legislações nas nações civilizadas, dentre as quais estavam o Código Comercial Napoleônico de 1807, que veio a exercer influência no desenvolvimento do direito empresarial brasileiro, inclusive no direito da empresa em crise (DORIA, 2000, p. 159);(REQUIÃO, 1998, p. 21).

Assim, em 1850, inicia-se a primeira etapa evolutiva do direito da empresa em crise por meio da promulgação do Código Comercial de 1850, cuja terceira parte dedicava às *Quebras*, sendo, por conseguinte, a primeira legislação no ordenamento jurídico brasileiro pós-colonial a tratar sobre o instituto da falência.

Seguindo a diretriz do Código francês de 1807, o nosso Código inicia a primeira fase histórica da falência no Direito brasileiro. Caracterizava-se então a falência pela *cessação de pagamentos*, noção essa originária do Direito medieval. Entretanto, impunha-se ao comerciante a obrigação de, no prazo de três anos, declarar a sua cessação de pagamentos
Ao Código Comercial seguir-se-ia o Decreto n. 738, de 25 de novembro de 1850, que regulou o processo de quebras, sem atender, contudo, às suas finalidades. E bem por isso mereceu críticas pela lentidão a que o submetera, fato que prejudicava, a um só tempo, credores e devedor (DORIA, 2000, p. 159) (grifo do autor).

No Código Comercial de 1850, restrito ao comerciante, a falência estava disciplinada nos textos normativos dos arts. 797 a 911, cuja parte processual foi regulamentada pelo Decreto nº 738, de 25 de novembro de 1850. Para a referida legislação, consoante previsto no

⁴³Sobre o procedimento do processo de falência, Celso Marcelo de Oliveira (2005, p. 32-33), dispõe que, “tinha como procedimento que todos os falidos deveriam apresentar-se à Junta Comercial e jurarem a verdadeira causa da falência, devendo entregar as chaves do seu comércio, juntamente com o livro Diários dos lançamentos de todos os assentos de mercadorias, discriminação das despesas e, também, fazer a declaração de todos os seus bens. Com esse procedimento, ficou mais fácil fazer a distinção entre os mercadores que davam causa à sua falência daqueles que empobreciam sem sua culpa;

Os primeiros eram equiparados a ladrões públicos, inabilitados do exercício do comércio, sendo sujeitos a sanções variadas, o que poderia levá-los até a morte. Depois de feito o inventário do devedor, esse era levado à publicação por edital, para a convocação dos credores. Depois de apurado o produto de arrecadação dos bens, eram destinados 10% (dez por cento) à subsistência do falido e de sua família, o restante era para a divisão entre os credores. Verificado que a quebra havia sido fraudulenta ou dolosa, os devedores eram remetidos para o Juiz Conservador do comércio que os mandava prender, seguindo em face desse o procedimento penal. Se fosse constatada a boa-fé do falido, era estabelecida a oportunidade de escolha entre penhora, hipotecar ou ceder seus bens”.

texto normativo do art. 797⁴⁴, considerar-se-ia falido ou quebradoo comerciante que cessasse os seus pagamentos, o que poderia ser com ou sem culpa⁴⁵ do comerciante, ou então, fraudulenta⁴⁶.

Ao instituto da falência houve críticas, haja vista que o seu procedimento era moroso, e, por sua vez, prejudicava tanto o devedor quanto os credores para a liquidação do passivo e, posteriormente, o seu encerramento, em virtude dese aspecto criminal em primeiro plano, enquanto que, secundariamente, estava a liquidação das dívidas do comerciante falido (MARTINS, 2016, p. 25).

No Código Comercial somente era prevista a concordata suspensiva da falência⁴⁷, cujos requisitos para concessão foram objeto de críticas, pois, segundo Celso Marcelo de Oliveira (2005, p. 34-35), exigia-se, para que fosse concedida, a aceitação da maioria dos credores em número e que representasse, no mínimo, dois terços dos créditos sujeitos aos efeitos da concordata, isto é, os créditos de credores quirografários, desde que a falência não tivesse sido por culpa ou por fraude do falido, ou então quando ela tinha sido anteriormente concedida.

No contexto dos obstáculos para a concessão da concordata suspensiva da falência, Rubens Requião (1998, p. 22) destaca a falência de Visconde de Mauá, uma vez que ele não conseguiu reunir em assembleia os 3.000 credores dispersos mundo a fora, levando-o à falência. Em consequência disso, houve alteração legislativa da terceira parte do Código

⁴⁴ “Art. 797 – Todo o comerciante que cessa os seus pagamentos, entende-se quebrado ou falido” (BRASIL, 1850).

^{45c} Art. 800 - A quebra será qualificada com culpa, quando a insolvência pode atribuir-se a algum dos casos seguintes: 1 - Excesso de despesas no tratamento pessoal do falido, em relação ao seu cabedal e número de pessoas de sua família; 2 - Perdas avultadas a jogos, ou especulação de aposta ou agiotagem; 3 - Venda por menos do preço corrente de efeitos que o falido comprara nos seis meses anteriores à quebra, e se ache ainda devendo; 4 - Acontecendo que o falido, entre a data do seu último balanço (art. 10 n. 4) e a da falência (art. 806), se achasse devendo por obrigações diretas o dobro do seu cabedal apurado nesse balanço.

Art. 801 - A quebra poderá ser qualificada com culpa: 1 - Quando o falido não tiver a sua escrituração e correspondência mercantil nos termos regulados por este Código (art. 13 e 14); 2 - Não se apresentando no tempo e na forma devida (art. 805); 3 - Ausentando-se ou ocultando-se” (BRASIL, 1850).

^{46c} Art. 802 - É fraudulenta a quebra nos casos em que concorre alguma das circunstancias seguintes: 1 - Despesas ou perdas fictícias, ou falta de justificação do emprego de todas as receitas do falido; 2 - Ocultação no balanço de qualquer soma de dinheiro, ou de quaisquer bens ou títulos (art. 805); 3 - Desvio ou aplicação de fundos ou valores de que o falido tivesse sido depositário ou mandatário; 4 - Vendas, negociações e doações feitas, ou dívidas contraídas com simulação ou fingimento; 5 - Compra de bens em nome de terceira pessoa; e 6 - Não tendo o falido os livros que deve ter (art. 11), ou se os apresentar truncados ou falsificados” (BRASIL, 1850).

⁴⁷ A concordata suspensiva é aquela requerida pelo comerciante, não atingido por processo de fraude, para que seja suspensa a falência, mediante a oferta aos credores quirografários, por saldo de seus créditos, um pagamento mínimo, à vista ou a prazo de, no máximo, 02 anos (BRASIL, 1850).

Comercial, de tal modo que, por meio do Decreto 3.065/1882, para a concessão da concordata exigia-se a maioria dos credores que comparasse à assembleia⁴⁸.

Com a Proclamação da República, ao Governo Provisório se instalara uma preocupação para a revisão da legislação sobre a falência, notadamente após à crise econômica do “Encilhamento”, ao passo que a segunda etapa evolutiva do direito da empresa em crise no Brasil inicia-se a partir do Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890, revogando a terceira parte do Código Comercial de 1850, que tratava sobre às *Quebras*.

Veio após o Decreto n. 917, de 24 de outubro de 1890, da lavra de Carlos de Carvalho, que o elaborou em apenas quatorze dias, e que se constituiu na nossa primeira lei extravagante de falência. Com esse Decreto n. 917, que derogou toda a Parte Terceira do Código Comercial, inicia-se a segunda fase histórica do instituto entre nós.

Diversamente do Código Comercial, o Decreto n. 917 já não mais faria repousar a caracterização da falência no sistema de cessação de pagamentos, mas no da *impontualidade*, reforçado pelo da *enumeração legal* dos fatos que fazem presumir a insolvência. Introduziu, por outro, o Decreto n. 917, ao lado da moratória, prevista nos arts. 898 e s. do Código Comercial, a concordata por abandono, consistente na adjudicação dos bens da massa aos credores, para pagamento do passivo (DORIA, 2000, p. 159) (grifo do autor).

O Decreto 917/1890 alterou a estrutura do direito da empresa em crise, uma vez que introduziu no ordenamento jurídico a concordata preventiva⁴⁹ (CAMPANA FILHO, 2013, p. 78), bem como a insolvência jurídica para fins de decretação de falência, isto é, a ocorrência de fatos previstos em lei para configurar a quebra do comerciante (na ocasião do referido decreto, a impontualidade no cumprimento de obrigação de quantia líquida e a realização de atos de falência), superando, assim, a cessão do pagamento enquanto fato ensejador da falência.

Apesar do Decreto 917/1890 ter propiciado um passo à modernização do direito da empresa em crise, por ser impotente para coibir abusos e fraudes, sua revogação ocorreu por meio da Lei 859, de 16 de agosto de 1902, e buscou-se, por meio dela, coibir os conluíus entre credores e devedores por meio de critérios para a nomeação dos síndicos para os processos de falência, que passaram a ser escolhidos dentre os nomes de uma lista organizada pelas Juntas

^{48cc} Art. 1º Para ser válida a concordata é bastante que seja concedida pela maioria dos credores, que comparecerem, comtanto que essa maioria represente dous terços no valor de todos os créditos sujeitos aos efeitos da concordata, alteradas neste sentido as disposições dos arts. 844 e 847 do Código Commercial” (BRASIL, 1882).

⁴⁹ A concordata preventiva apenas foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 3065/1882, a qual era requerida pelo comerciante insolvente para evitar a declaração de falência e em que oferece aos credores quirografários, por saldo de seus créditos, um pagamento mínimo, à vista ou a prazo de, no máximo 02 anos.

Comerciais nas quais constavam 40 nomes. Porém, a reforma foi um fracasso⁵⁰ (OLIVEIRA, 2005, p. 36); (REQUIÃO, 1998, p. 22).

Assim, visando impedir as fraudes anteriormente apresentadas, bem como a morosidade processual, foi promulgada a Lei 2.024/1908, iniciando a terceira etapa evolutiva do direito da empresa em crise no Brasil.

Fracassada essa reforma, partiu o governo para a elaboração de uma nova lei, que impedisse as fraudes e as procrastinações processuais. Promulgou-se, assim, a Lei nº 2.024, de 1908, cujo projeto havia sido elaborado pelo talento e experiência do comercialista de J.X. Carvalho de Mendonça. Essa lei resistiu ao tempo, tendo sido apenas revista em 1929. Dela, com justiça, disse o Prof. Otávio Mendes: “para que a Lei nº 2.024 produzisse todos os bons resultados de que seria capaz, era preciso que sua execução fosse fiscalizada e garantida por um juiz enérgico, inteligente e ilustrado. Se a Lei nº 2.024 não deu esses resultados, a culpa é dos nossos juizes, e não da lei” (*Falências e Concordatas*, p. 10) (REQUIÃO, 1998, p. 23-24).

Nesse sentido, a Lei 2.024/1908 apresentou significativo aperfeiçoamento ao sistema jurídico envolvendo a empresa em crise, sendo destacada pelas disposições normativas tanto em relação ao direito material quanto ao direito processual. Entretanto, em consequências advindas pela I Guerra Mundial e as crises que lhe sucederam, a referida legislação foi revogada pelo Decreto nº 5.746, de 9 de dezembro de 1929.

Em virtude do Estado Novo e a preocupação do governo em ajustar a legislação nacional à política de fortalecimento dos poderes do Estado, inicia-se com o Decreto 7.661/45 a quarta etapa evolutiva do direito da empresa em crise no Brasil, no qual aumenta a competência do magistrado nos processos de insolvência do comerciante, ao passo que promove a redução das atribuições dos credores nas referidas demandas, como ressalva Adriana Valéria Pugliesi, ao expressar:

O Decreto-Lei (DL) nº 7.661/1945 vigorou por 60 anos no Direito brasileiro e disciplinou o direito da insolvência, ou da crise das empresas, por dois institutos: a falência e a concordata. A falência era um procedimento tipicamente liquidatório que pretendia a satisfação dos interesses imediatos dos credores – pela realização de seu crédito no processo concursal – à custa da “morte” da empresa e extinção da pessoa jurídica. À margem deste instituto, e como solução residual destinada a “evitar a falência”, estava a concordata, considerada um “favor legal”, pois era concedida pelo Estado (na pessoa do juiz) ao comerciante de boa-fé em dificuldades financeiras. Apesar da etimologia da expressão “concordata”, nenhum tipo de *acordo* havia no procedimento e, cumpridos determinados requisitos formais, era

⁵⁰ “Os quarenta inscritos nessa lista, no Distrito Federal, dada as suas sinuosas atividades, logo foram alcinhadados, pela serve carioca, de “Ali-Babá e os quarenta ladrões”...” (REQUIÃO, 1998, p. 23).

concedida pelo juiz sem análise da viabilidade econômica ou financeira do devedor (PUGLIESI, 2016, p. 7-8) (grifo do autor).

Com efeito, ao analisar as legislações brasileiras que tratam da insolvência empresarial, Fábio Konder Comparato concluiu que, ao longo das reformas legislativas, em decorrência da conjuntura econômica, política e social do país, o direito da empresa em crise ora tende a proteger o devedor, ora visa a proteção dos interesses do credor, tendo a partir de cada nova legislação um dualismo pendular.

Na vigência do Decreto-Lei 7.661/45, o estado de falência pressupunha a existência de três requisitos, isto é, a condição de comerciante, a sua insolvência jurídica e o pronunciamento judicial declarando a sua falência. Diante dessas condições, a falência era o principal instituto da referida legislação, pois visava atender aos interesses do credor, com o objetivo de se liquidar o patrimônio do comerciante falido, para o conseqüente pagamento da universalidade de credores (MARTINS, 2016, p. 27-28); (REQUIÃO, 1998, p. 41).

Diante disso, ao contrário dos objetivos das atuais legislações envolvendo a empresa em crise, em que se busca a manutenção das empresas viáveis, a fim de manter a sua função social para com a sociedade, com a permanência dos postos de empregos (inclusive com a criação de outros), continuidade no pagamento de tributos e a circulação de produtos e serviços para o mercado de consumo, a finalidade do instituto da falência existente no Decreto-Lei 7.661/45 oscilava na proteção do credor, deixando em segundo plano a preservação da empresa.

Por outro lado, prevista no art. 139 e seguintes, o Decreto-Lei 7.661/45 manteve o instituto da concordata, tanto a preventiva quanto a suspensiva da falência, e à medida que os credores não mais tinham a atribuição de deliberar sobre a concordata, a própria legislação fixou os limites para a sua concessão⁵¹⁻⁵², de maneira que, no regime jurídico estabelecido à concordata, o juiz deveria conceder, caso os requisitos estabelecidos pela lei fossem

⁵¹ No caso da concordata preventiva, dispunha o texto normativo do art. 156, do Decreto-Lei 7.661/45, “Art.156. O devedor pode evitar a declaração da falência, requerendo ao juiz que seria competente para decretá-la, lhe seja concedida concordata preventiva. § 1º O devedor, no seu pedido, deve oferecer aos credores quirografários, por saldo de seus créditos, o pagamento mínimo de: I - 50%, se fôr à vista; II - 60%, 75%, 90% ou 100%, se a prazo, respectivamente, de 6 (seis), 12 (doze), 18 (dezoito), ou 24 (vinte e quatro) meses, devendo ser pagos, pelo menos, 2/5 (dois quintos) no primeiro ano, nas duas últimas hipóteses” (BRASIL, 1945).

⁵² No âmbito da concordata suspensiva, prevista o texto normativo do art. 177, do Decreto Lei 7.661/45, “Art. 177. O falido pode obter, observadas as disposições dos artigos 111 a 113, a suspensão da falência, requerendo ao juiz lhe seja concedida concordata suspensiva. Parágrafo único. O devedor, no seu pedido, deve oferecer aos credores quirografários, por saldo de seus créditos, o pagamento mínimo de: I - 35%, se fôr a vista; II - 50%, se fôr a prazo, o qual não poderá exceder de dois anos, devendo ser pagos pelo menos dois quintos no primeiro ano” (BRASIL, 1945).

cumpridos, uma dilação de prazo de pagamento dos créditos dos credores quirografários ou redução proporcional do valor das dívidas (CAMPANA FILHO, 2013, p. 78).

Nesse contexto, na vigência do Decreto-Lei, por ser um instituto para cuja concessão deveriam estar presentes requisitos formais, não necessitando da concordância dos credores, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento jurisprudencial segundo o qual a concordata se tratava de um “favor legal” concedido pelo Estado ao comerciante devedor⁵³.

Restituição de mercadorias entregues a concordatário nos 15 dias anteriores à impetração do favor legal. Impõe-se a devolução pelo equivalente em dinheiro, se a mercadoria não foi encontrada em poder do concordatário, não havendo prova de ter sido consumida antes do pedido de restituição (Lei de Falências, art. 78, § 2). Recurso extraordinário não conhecido (BRASIL, 1969).

A concordata surtia efeito apenas para os credores quirografários. Em consequência disso, segundo Adriana Valéria Pugliesi (2016, p. 8), já se evidenciava uma fragilidade no instituto para o comerciante tentar negociar suas dívidas, que não se limitavam a uma classe de credores, e no período da vigência da referida legislação, por considerar as outras formas de autocomposição com seus credores como ato de falência⁵⁴, a concordata era o único instrumento jurídico para que o devedor pudesse negociar suas dívidas.

Assim, o Decreto-Lei 7.661/45 passou a merecer críticas por não estar a par das novas conjunturas sociais, políticas e econômicas, de tal modo que se tornou desatualizado e inefetivo à tutela jurídica destinada à superação da crise econômica, financeira e/ou patrimonial do agente econômico. Por causa dos múltiplos interesses que gravitam em torno da empresa, impunha-se a necessidade da reforma da referida legislação para que fossem implementados instrumentos jurídicos e judiciais que visassem a preservação da empresa.

Em vista do exercício da atividade empresarial promover a geração de empregos, rendas, tributos e circulação de serviços e produtos para o mercado de consumo, por meio da Lei 11.101/05, inicia-se a quinta etapa evolutiva do direito da empresa em crise no Brasil, ao passo que, ao ordenamento jurídico, foram instituídos instrumentos que buscam a preservação

⁵³ Destacam-se ainda o Recurso Extraordinário 55.511, de relatoria do Ministro Aliomar Baleeiro, julgado pela Segunda Turma, aos 08/11/1966, e o Recurso Extraordinário 67.723, de relatoria do Ministro Amaral Santos, julgado pela Primeira Turma, aos 24/02/1970, nos quais infere-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a concordata era um “favor legal”.

⁵⁴ Segundo o texto normativo do art. 2º, III, do Decreto-Lei 7.661/45, “Art. 2º Caracteriza-se, também, a falência, se o comerciante: [...] III - convoca credores e lhes propõe dilação, remissão de créditos ou cessão de bens” (BRASIL, 1945).

da empresa em crise, promovendo a manutenção da sua função social perante empregados, fornecedores, fisco e consumidores.

A Lei 11.101, de 2005, editada para regular o direito falimentar brasileiro, substituindo o Decreto-Lei 9.661 de 1945, restabeleceu, no país, os acordos entre credores e devedor, com a tônica a preservação da empresa. O instituto da concordata, cujo conceito foi deturpado no imaginário brasileiro ao longo das seis décadas em que deixou de significar “acordo”, não sobreviveu à reforma legislativa; houve, entretanto, a previsão de quatro processos judiciais distintos, todos possibilitando, de uma forma ou de outra, a continuidade das atividades da empresa (CAMPANA FILHO, 2013, p. 79).

Com efeito, filiando-se ao sistema concursal restrito, a Lei 11.101/05 regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário, enquanto o ordenamento jurídico destinou o instituto da insolvência civil para regular a execução concursal do devedor civil, isto é, os exercentes ou não de atividade econômica não-empresarial.

Apesar disso, no âmbito da insolvência civil, tramita na Câmara dos Deputados o projeto de lei nº 7.590/2017, o qual visa estabelecer o procedimento de recuperação judicial de pessoas físicas cujas dívidas não ultrapassem o equivalente a 40 salários mínimos, e por consequência de sua eventual aprovação, alterar-se-á a Lei 9.099/1995, para atribuir a competência aos Juizados Especiais Cíveis para processar e julgar a recuperação judicial da pessoa física.

A empresa exercida pelo empresário tem importante papel na economia e desenvolvimento de um município, estado ou de um país, e dependendo do estágio de uma crise na atividade empresarial, por meio dos institutos da Lei 11.101/05, poder-se-á implementar a recuperação da empresa que se apresenta viável à sua preservação, ou então a falência daquele empresário que possui uma empresa com a organização administrativa precária, descapitalizada ou em atraso tecnológico de seus produtos ou serviços, à qual se apresenta na atual legislação uma nova finalidade, ou seja, a preservação da empresa, uma vez que é possível mesmo com a decretação da falência do empresário a continuidade da atividade empresarial por terceiros⁵⁵ (COELHO, 2013, p. 245-246) ; (CAMPANA FILHO, 2013, p. 46).

Portanto, à medida que acrise da empresa se torna um capítulo da história de praticamente todos os empresários, a partir da Lei 11.101/05, o direito da empresa em crise

⁵⁵Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: [...] XI – pronunciar-se-á a respeito da continuação provisória das atividades do falido com o administrador judicial ou da lacração dos estabelecimentos, observado o disposto no art. 109 desta Lei” (BRASIL, 2005).

no ordenamento jurídico brasileiro estabelece como pilar de seus institutos jurídicos a preservação de empresa, a fim de resguardar a sua função social, deixando de ser um instrumento de repressão ao empresário insolvente, e a manutenção da empresa, pois a crise passa a ser tratada como um fenômeno econômico.

2.4 Preservação da empresa em crise: recuperação da empresa na Lei 11.101/05

A empresa, instrumento de produção ou a circulação de bens ou de serviços, estimula a geração de empregos, tributos e gera riqueza econômica para o crescimento e o desenvolvimento socioeconômico não apenas dos detentores dos meios de produção, isto é, os empresários, mas para a localidade na qual ela esteja, isto é, para a economia de um município, estado-membro ou de um país.

Em vista disso, conforme aduz Adriano de Oliveira Martins (2016, p. 60), “a função social da empresa consiste, pois, no fato de que o empresário ou administrador da empresa assume o poder-dever de conciliar a atividade empresarial com a observância de um plexo de deveres jurídicos, positivos e negativos, em benefício da vida social”.

Desse modo, a crise da empresa significa fim de postos de trabalho, diminuição na arrecadação de tributos e desabastecimento de produtos e serviços no mercado de consumo, ou seja, o encerramento de uma empresa viável gera prejuízos em torno dos diversos partícipes cujos interesses gravitam em torno dela. Por isso, o direito deve se ocupar de criar mecanismos jurídicos e judiciais eficientes para a preservação da empresa diante de uma crise empresarial (COELHO, 2013, p. 245).

Na medida em que a empresa possui uma função social para o crescimento e desenvolvimento da sociedade na qual está inserida, impõe-se a observância de se preservar esse meio de produção para que ele continue a exercer a pretendida função social, sobretudo para promover postos de emprego, o que somente poderá ocorrer se as empresas forem preservadas.

Essa compreensão da empresa por sua dimensão e finalidades privadas, no entanto, não exclui a compreensão concomitante de sua função social, ou seja, do interesse que a comunidade como um todo, organizada em Estado, tem sobre a atividade econômica organizada, ainda que se trate de atividade privada, regida por regime jurídico privado. A organização estruturada dos meios e processos de produção para intervenção e atuação no mercado, visando a produção de vantagens econômicas apropriáveis, é determinada pela produção e circulação de bens e/ou pela prestação de serviços e, embora a finalidade imediata seja remunerar o capital nela investido, beneficiando os

seus sócios quotistas ou acionistas, há um benefício mediato que alcança empregados, fornecedores, consumidores, o Estado. A proteção da empresa, portanto, não é proteção do empresário, nem da sociedade empresária, mas da comunidade e do Estado que se beneficiam – no mínimo indiretamente – com a sua atividade [...] é preciso preservar a empresa para que ela cumpra a sua função social (MAMEDE, 2006, p. 182).

O desenvolvimento não é limitado a uma concentração exclusiva de riqueza, integrando variáveis econômicas, tecnológicas, sociais e políticas, sendo um meio de expansão das liberdades humanas, isto é, as liberdades políticas, sociais, civis e econômicas de que os indivíduos de uma determinada sociedade desfrutam. A expansão das referidas liberdades são consequências do desenvolvimento das disposições econômicas, sociais, civis e tecnológicas promovidas por determinado Estado, a fim de propiciar uma melhora na condição da vida dos indivíduos de sua sociedade (SEN, 2000).

Nesse sentido, a preservação da empresa não deve ser tratada, tão somente, com vista à manutenção da mais-valia dos detentores de produção ou dos credores, mas a sua preservação possui objetivos que transcendem a mera manutenção dos lucros dos empresários, de tal modo que ela busca promover a superação da situação de crise econômica, patrimonial ou financeira para permitir a conservação dos postos de trabalho e dos interesses dos credores, ou seja, o estímulo à atividade econômica para benefícios sociais.

Com efeito, a existência de mecanismos jurídicos que permitam a recuperação da crise na empresa é uma das características de um sistema jurídico de insolvência empresarial eficiente, pois distinguir-se-á a preservação da empresa com a permanência dos administradores de uma pessoa jurídica, e, devido ao seu relevante papel social, deve-se buscar a manutenção daquela, de maneira que o direito da empresa em crise não tenha um movimento de dualismo pendular, isto é, não seja um instrumento jurídico protetivo exclusivo dos interesses do devedor, e tampouco, dos credores (COMPARATO, 1970, p. 98) (CAMPANHA FILHO, 2013, p. 46).

Em oposição aos prejuízos com a extinção de uma atividade empresarial, a preservação da empresa possibilita o êxito de uma determinada sociedade na busca do desenvolvimento humano, de maneira que, por meio de instrumentos normativos, o empresário viabilize a superação da crise em prol de um legítimo interesse social. Segundo Gina Vidal Marcílio Pompeu e Manoel Valente Figueiredo Neto (2013, p. 555), a recuperação da empresa em crise tem o propósito de manter a empresa, preservar os postos de emprego aos trabalhadores, garantir a hipótese de satisfazer os credores e por fim estimular a economia.

Nesse contexto, quando se diz que uma empresa está em crise, esta pode desencadear-se de maneiras diversas durante o exercício da atividade empresarial. A partir de sistematização proposta por Fábio Ulhoa Coelho, ela se distingue entre crise econômica, financeira e patrimonial.

A crise da empresa pode manifestar-se de formas variadas. Ela é econômica quando as vendas de produtos ou serviços não se realizam na quantidade necessária à manutenção do negócio. É financeira quando falta à sociedade empresária dinheiro em caixa para pagar suas obrigações. Finalmente, a crise é patrimonial se o ativo é inferior ao passivo, se as dívidas superam os bens da sociedade empresária (COELHO, 2013, p. 244).

Dessa maneira, a crise econômica pode ser fruto de vários fatores para a sua ocorrência, que, por sua vez, ensejarão na retração da tomada de prestação de serviços, ou então na diminuição da comercialização ou industrialização de produtos de um empresário. Dentre eles, destaca-se o déficit tecnológico de um produto ou serviço, limitando a sua capacidade de competição no mercado de consumo, ou mesmo no caso da retração da economia, de tal modo que, a partir dessas situações de crise econômica, há a redução no faturamento (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2016, p. 196-197).

A crise, ainda, poderá ser de liquidez, ou seja, a crise financeira que se manifesta quando, não obstante o faturamento seja satisfatório, existindo um aumento na aquisição de produtos e serviços, o empresário não tem caixa para adimplir suas obrigações, e, conseqüentemente, a sua exteriorização jurídica ocorre na impontualidade do adimplemento. Contudo, se a crise derivar de um desequilíbrio patrimonial adverso, ou seja, o empresário possuir menos bens em seu patrimônio ativo que o total de suas dívidas, estar-se-á diante da crise patrimonial de uma empresa (COELHO, 2013, p. 244); (FRANCO; SZTAJN, 2011, p. 184).

A recuperação da empresa em crise não deve ser um fim em si mesma, isto é, ela sempre será utilizada quando existente um empresário cuja empresa esteja em crise, de tal maneira que apenas as empresas viáveis serão objeto de recuperação da empresa. Isso significa que o referido instituto jurídico apenas se destina às empresas cuja crise econômica, patrimonial ou financeira seja superável.

A recuperação judicial destina-se às empresas que estejam em situação de crise econômico-financeira, com possibilidade, porém, de superação; pois aquelas em tal estado, mas em crise de natureza insuperável, devem ter sua falência decretada, até para que não se tornem elementos de perturbação do

bom andamento das relações econômicas do mercado (BEZERRA FILHO, 2011, p. 133-134).

Em vista das situações de crise empresarial, deve o empresário realizar um diagnóstico preciso do alcance do problema, para, conseqüentemente, definir as medidas corretas de superação da crise empresarial, pois, do contrário, ter-se-ão efeitos jurídicos indesejáveis ao empresário devedor, e a recuperação da empresa destina-se às empresas que apresentam uma viabilidade econômico-financeira (PUGLIESI, 2016, p. 09); (COELHO, 2013, p. 243).

Portanto, a recuperação judicial tem como pressuposto lógico a viabilidade da empresa, pois ela somente se aplica às empresas viáveis em crise, preservando os seus benefícios sociais e econômicos ocasionados pelo exercício saudável da atividade empresarial. Se a atividade empresarial é inviável e o motivo da crise ocorre pela inadequação dos produtos ou serviços produzidos ou oferecido para o mercado de consumo, a solução mais adequada para esse tipo situação é o desaparecimento dessa empresa, em consequência da decretação da falência do empresário em insolvência jurídica, na expectativa de que outra empresa que seja aceita no mercado e seja útil social e economicamente ocupe o seu lugar (COSTA, 2015, p. 62-63).

Nesse diapasão, a fim de ser definido o pedido de recuperação judicial como o instrumento adequado para superar a crise empresarial, deve ser verificada viabilidade econômico-financeira de uma empresa, a qual se inferirá a partir de regras contábeis, como ressalva Rachel Sztajn, ao expressar:

Objetivamente o art. 47 da Lei 11.101/2005 exige demonstração da viabilidade econômico-financeira da empresa em crise para o pedido de reorganização. Entende-se por viabilidade econômico-financeira a inexistência de desequilíbrio patrimonial negativo (passivo superior ao ativo), que levaria à falência. A questão, aqui, tem a ver com as regras contábeis que, em relação a muitos “ativos”, por faltar materialidade, impedem que sejam lançados nas demonstrações contábil-financeiras. Exemplos são patentes, com potencial de geração de lucros que, desenvolvidas pela empresa, não integram o ativo (SZTAJN, 2014, p. 115).

Dessa maneira, a concepção de viabilidade econômico-financeira está atinente às regras contábeis relativas ao patrimônio do empresário devedor, de modo que será considerada viável hábil para o pedido de recuperação judicial a empresa cujo passivo não superar os bens do ativo, ou mesmo que esteja em crise patrimonial, aquela cuja redução

patrimonial não inviabilize a possibilidade de satisfação das obrigações do empresário insolvente.

Segundo Daniel Carnio Costa (2015, 70-73), apesar de não ser possível aferir se a empresa é realmente viável, ao ser proposto o pedido de recuperação judicial, para a análise da viabilidade econômico-financeira de uma empresa em crise, no momento da análise da petição inicial e dos documentos econômicos, contábeis, fiscais que instruem a referida petição, em vez de o juízo recuperacional exercer uma conduta formal de verificação dos referidos documentos, dever-se-á analisar o seu conteúdo, inclusive determinando a realização de uma perícia de constatação prévia. Nesse caso, constatando-se a inviabilidade econômico-financeira, dever-se-á indeferir a petição inicial.

No entanto, se a inviabilidade econômico-financeira da empresa ficar demonstrada após o deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial, por se tratar de um pressuposto processual para a referida demanda, o juízo recuperacional poderá reconsiderar a decisão de deferimento do processamento, extinguindo a ação judicial sem resolução de mérito (COSTA, 2015, p. 72).

No julgamento do recurso de agravo de instrumento sob o nº 0194436-42.2012.8.26.0000, a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a decisão judicial na qual condicionou o deferimento do processamento do pedido de recuperação à constatação da real situação do funcionamento da empresa, bem como de perícia prévia sobre a documentação apresentada pelo empresário devedor, a fim de constatar a correspondência com os seus livros fiscais e comerciais.

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Pedido de processamento. Determinação de realização de perícia prévia, para auxiliar o juízo na apreciação da documentação contábil (art. 51 II LRF) e constatar a real situação de funcionamento da empresa. Possibilidade. Decisão mantida. Assistência técnica de perito permitida pela lei. Juiz que não dispõe de conhecimentos técnicos suficientes para apreciar a regularidade da documentação contábil apresentada. Art. 189 LRF c/c art. 145CPC. Com relação à constatação da real situação de funcionamento da empresa, não pode o julgador mostrar-se indiferente diante de um caso concreto, em que haja elementos robustos a apontar a inviabilidade da recuperação ou mesmo a utilização indevida e abusiva da benesse legal. O princípio da preservação da empresa não deve ser tratado como valor absoluto, mas sim aplicado com bom senso e razoabilidade, modulado conforme a intenção do legislador e espírito da lei. Ativismo. Precedentes. Decisão de deferimento do processamento que irradia importantes efeitos na esfera jurídica de terceiros. Decisão integralmente mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. Recuso desprovido (SÃO PAULO, 2012a).

Assim sendo, no referido julgamento houve a manutenção do pronunciamento judicial para o fim de verificar sumariamente a viabilidade econômico-financeira da empresa em crise, de modo que o princípio da preservação da empresa não seja tratado como um valor absoluto pelo Poder Judiciário, ou seja, a recuperação judicial da empresa não deve ocorrer a qualquer custo.

Conforme sistematização proposta por Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 398-399), a fim de analisar a viabilidade econômico-financeira da empresa em crise, o juízo do pedido de recuperação judicial deverá analisar cinco requisitos que deverão existir concomitantemente, sejam eles: (i) importância social; (ii) mão-de-obra e tecnologia empregadas; (iii) volume do ativo e passivo; (iv) idade da empresa e; (v) porte econômico.

Nesse contexto, para o exame da importância social da empresa, “é necessário seja importante para a economia local, regional ou nacional que aquela empresa se reorganize e volte a funcionar com regularidade” (COELHO, 2013, p. 400). Assim, segundo Adriano de Oliveira Martins (2016, p. 223), não basta a confiabilidade dada ao plano de recuperação em virtude de sua consistência técnica, mas antes deve ser analisado se a empresa possui potencial para sair da crise que a abarca e qual é sua importância econômico-social para a economia local, regional, nacional ou internacional.

A análise da mão de obra e tecnologia empregadas é feita se a empresa possui uma tecnologia atrasada e dependente de uma modernização. Contudo, torna-se necessário o sopesamento desses dois vetores para não redundar em um círculo vicioso, devendo-se tentar a equalização, pois “a recuperação da empresa tecnologicamente atrasada depende de modernização, que implica o fim de postos de trabalho e desemprego; mas se não for substituída a tecnologia em atenção aos interesses dos empregados, ela não se reorganiza” (COELHO, 2013, p. 400).

O volume do ativo e passivo é aferido a partir da análise das demonstrações contábeis relativas, no mínimo, aos dois últimos exercícios sociais, e a partir disso, segundo o texto normativo do art. 51 da Lei 11.101/05, a petição inicial do pedido de recuperação judicial deverá estar instruída com as demonstrações contábeis relativas aos três últimos exercícios sociais, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de balanço patrimonial; demonstração de resultados acumulados; demonstração do resultado desde o último exercício social, e; relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção (COELHO, 2013, p.400); (BRASIL, 2005).

A análise da viabilidade econômico-financeira deve observar a idade da empresa, isto é, deve ser verificado o tempo desde o qual a empresa em crise está em atividade, uma

vez que empresas com pouco mais de dois anos ainda não possuem uma consolidação de suas atividades e, por consequência disso, não devem ter o mesmo tratamento que empresas antigas, já consolidadas no mercado empresarial e cumprindo com sua função social (MARTINS, 2016, p. 223-224).

No entanto, segundo destaca Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 400-401), “isso não quer dizer, ressaltado, que apenas as empresas constituídas há muito tempo podem ser objeto de recuperação judicial. Pelo contrário, novas ou velhas, qualquer empresa viável que atenda aos pressupostos da lei pode ser recuperada”.

O porte econômico de uma empresa em crise deve ser verificado em virtude da promoção de um tratamento isonômico entre empresas de pequeno, médio e grande porte (COELHO, 2013, p. 401), na medida que empresas de pequeno porte ou microempresas não devem receber o mesmo tratamento normativo que uma empresa de grande porte.

Nesse sentido, dependendo do porte econômico da empresa, a Lei 11.101/05 estabelece a facultativa de empresas de pequeno porte ou microempresas ser submetida a um processo de recuperação judicial especial, e o seu procedimento estará ajustado ao seu porte econômico.

Diante das concepções de viabilidade econômico-financeira da empresa em crise, o referido pressuposto se justifica em virtude de se promover uma efetividade do processo de recuperação da empresa em crise, sem que haja uma recuperação de empresa a qualquer custo, como destaca Fábio Ulhoa Coelho, ao expressar:

Nem toda empresa merece ou deve ser recuperada. A reorganização de atividades econômicas é custosa. Alguém há de pagar pela recuperação, seja na forma de investimentos no negócio em crise, seja na de perdas parciais ou totais de crédito. Em última análise, como os principais agentes econômicos acabam repassando aos seus respectivos preços as taxas de riscos associados à recuperação judicial ou extrajudicial do devedor, o ônus da reorganização das empresas no Brasil recai na sociedade brasileira como um todo. O crédito bancário e os produtos e serviços oferecidos e consumidos ficam mais caros porque parte dos juros e preços se destina a socializar os efeitos da recuperação das empresas (COELHO, 2013, p. 398).

Assim, em decorrência dos custos sociais ocasionados por um processo de recuperação de empresa, antes da distribuição do pedido de recuperação judicial, e superando a valoração idiossincrática da atividade explorada, o empresário devedor deve realizar uma análise da viabilidade econômico-financeira de sua empresa, de modo que somente empresas viáveis devem ser objeto de uma recuperação. Em caso negativo, a fim de não se promover

um processo a qualquer custo, a falência será o instituto jurídico a ser utilizado para cessar uma empresa que não produz(irá) benefícios sociais e econômicos.

Em consequência dos efeitos que advêm de um processo de recuperação de empresa em crise, surge a teoria da divisão equilibrada de ônus na recuperação judicial, elaborada por Daniel Carnio Costa, segundo a qual deverá haver uma divisão entre o empresário devedor e credor que se justifica pela manutenção da função social da empresa.

A empresa em recuperação judicial, por receber toda a proteção legal e em função dos ônus suportados pelos credores, tem a obrigação de buscar a todo custo preservar os benefícios sociais e econômicos buscados pelo instituto. A distribuição equilibrada desses ônus entre credores e devedor é fundamento do instituto da recuperação judicial (COSTA, 2015, p. 64).

Além da sociedade suportar os custos sociais e econômicos de uma recuperação judicial, os credores do empresário devedor são diretamente afetados, haja vista que, dependendo do sistema jurídico da empresa em crise, com a distribuição do pedido ou a partir da decisão judicial deferimento o processamento da recuperação judicial, ocorrerá *automatic stay* (ou *stay period*), isto é, a suspensão das execuções contra o empresário devedor pelo prazo de 180 dias.

Em outras palavras, os credores submetidos ao plano de recuperação judicial estarão impedidos de exigir a satisfação de seu crédito, e não obstante a isso, em consequência de eventual aprovação do plano de recuperação judicial, implicar-se-á na dilação de prazos de pagamento das dívidas, bem como a aplicação de deságios em suas obrigações.

Portanto, essa proteção legal propiciada ao empresário devedor somente deve ocorrer se ele cumprir os ônus empresariais e processuais a ele ensejados. Isso significa que o empresário deve fazer com que a sua empresa volte a exercer uma função social perante empregos, fisco, fornecedores e consumidores, bem como cumpra as determinações do juízo, administrador judicial e cumprimento de prazos para aregular tramitação do processo de recuperação judicial (COSTA, 2015, p. 65).

Contudo, não obstante as construções teóricas para uma sistematização da análise da viabilidade da empresa para o processo de recuperação, em decorrência do referido instituto tratar-se de um negócio jurídico, para a presente pesquisa, a aferição da viabilidade da empresa deve ficar adstrita ao empresário, bem como aos credores submetidos aos efeitos do processo de recuperação da empresa.

Antes da distribuição do pedido de recuperação judicial, o empresário deve realizar um diagnóstico em sua empresa para verificar a viabilidade de sua empresa, e por

consequente, definir as medidas corretas de superação da crise empresarial, ao passo que, no âmbito da relação processual, a partir do plano de recuperação judicial apresentado pelo agente econômico submetido ao procedimento da recuperação, os credores decidirão sobre a viabilidade da recuperação da empresa exercida pelo empresário em crise empresarial.

Nesse sentido, o juízo recuperacional não deve analisar a viabilidade da empresa na fase postulatória do pedido de recuperação. A recuperação não deverá ser concedida se, nas lições de Sérgio Campinho (2014, p. 325), o juízo recuperacional “verificar a ocorrência de ilegalidade no conteúdo do plano econômico ou nas pré-condições para o devedor entrar em recuperação”.

A fim de promover a preservação da empresa em crise, a recuperação judicial tem tratamento diferente nos ordenamentos jurídicos que dela se ocuparam. Nos Estados Unidos, a recuperação da empresa em crise no ordenamento jurídico norte-americano possui as suas disposições normativas no *BankruptcyCode*, como ressalva Paulo Fernando Campana Filho, ao expressar:

O sistema de recuperação de empresas vigente nos Estados Unidos teve origem nas *equity receiverships* do século XIX, que foram desenvolvidas na prática como um mecanismo de suprir as deficiências das leis falimentares então em vigor e promover uma forma eficiente de reestruturação das ferrovias insolventes. Em 1938, o *Chandler Act* teve um papel fundamental na implementação da política norte-americana do *New Deal*, para combater os efeitos nefastos da crise de 1929, prevendo duas formas de recuperação de empresas, o *arrangement* e a *reorganization*. O *Bankruptcy Reform Act* de 1978, comumente referido como *Bankruptcy Code*, que substituiu o *Chandler Act*, - com as reformas introduzidas posteriores, tendo sido a mais relevante a trazida pelo *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* (BAPCA), de 2005 – é o diploma que atualmente rege os processos falimentares nos Estados Unidos (CAMPANA FILHO, 2013, p. 49-50) (grifo do autor).

A recuperação da empresa em crise no direito norte-americano é prevista no *Chapter 11 – Reorganization* (Seções 1101 a 1174), do *BankruptcyCode*⁵⁶, ao passo que, segundo as

⁵⁶O *BankruptcyCode* é dividido em capítulos, dentre os quais há a previsão normativa de espécies de processos judiciais envolvendo o direito da empresa em crise. Assim, “o *Chapter 7 (Liquidation)*, forma de falência mais comum nos Estados Unidos, é o processo destinado à liquidação do patrimônio do devedor, seja pessoa física ou jurídica. Caso o devedor seja uma pessoa física, um processo de acordo com o *Chapter 7* resulta na exoneração de suas dívidas após a entrega de seus bens penhoráveis para pagamento dos credores, permitindo-lhe, assim, um recomeço (*fresh start*). O *Chapter 9 (Adjustment of Debts of a Municipality)* é aplicável somente às municipalidades. O *Chapter 11 (Reorganization)* permite uma solução negociada para os problemas financeiros de uma sociedade (embora também possa ser aplicada a indivíduos). O *Chapter 12 (Adjustment of Debts of a Family Farmer or Fishermen with Regular Annual Income)* visa à reestruturação de dívidas de famílias rurais. O *Chapter 13 (Adjustment of Debts of an Individual with Regular Income)* permite que pessoas que tenham uma fonte de renda regular reestruturem seu endividamento por meio do pagamento em parcelas, permanecendo,

seções 301⁵⁷ e 304⁵⁸ do *BankruptcyCode*, a *Reorganization* é um instrumento judicial cuja iniciativa pode ocorrer tanto a pedido do devedor quanto por credores.

À medida que as principais competências do poder judiciário na referida demanda são garantir a legalidade do plano de reorganização, o tratamento igualitário entre os credores da mesma classe e a observância da ordem de prioridades dos créditos, isto é, a classe subordinada recebe seus créditos após as classes prioritárias serem integralmente pagas, *areorganization* preocupa-se com a criação de mecanismos voltados à recuperação da empresa, de tal modo que o sistema normativo estabelece um cenário para que haja negociações entre devedor e credores, a fim de propiciar a criação de um plano de reorganização fruto de autocomposição. Em consequência disso, o sistema da *reorganization* é considerado o mais bem-sucedido do mundo, inclusive influenciando as disposições normativas do direito da empresa em crise de outros ordenamentos jurídicos (MARTINS, 2016, p. 70); (CAMPANA FILHO, 2013, p. 52-53); (COELHO, 2013, p. 397).

A partir da distribuição do pedido de *reorganization*, acarretar-se-á a suspensão automática das ações de execução em trâmite contra o devedor, enquanto o devedor tem o período de 120 dias para apresentar o plano de reorganização, no qual deverá dividir os credores e acionistas em classes, agrupando seus créditos, bem como especificar as classes e o tratamentos aos credores que não submetidos aos seus efeitos. Contudo, exceto se houver a sua prorrogação, transcorrido o referido prazo sem a apresentação do plano, as partes interessadas poderão propor um plano de reorganização (MARTINS, 2016, p. 71); (EUA, 1978).

Nesse contexto, o plano de reorganização vinculará o devedor e todos os credores sujeitos a ele. Entretanto, para que ele seja aprovado em assembleia de credores, na qual todos possuem direito a voto, o plano é considerado aprovado por uma classe se, pelo menos mais da metade dos créditos, em número, e, no mínimo dois terços, em valor, tenham aceitado o plano, e presumir-se-á aprovado pelas classes que não são afetadas por seus efeitos, e rejeitado se o plano estipular que os membros das respectivas classes não recebam ou

assim, com seus bens. O *Chapter 15 (Ancillary and Other Cross-Border Cases)* permite a abertura de processos de falência, auxiliares aos ajuizados no exterior” (CAMPANA FILHO, 2013, p. 50).

⁵⁷ “Section 301 – Voluntary cases: (a) A voluntary case under a chapter of this title is commenced by the filing with the bankruptcy court of a petition under such chapter by an entity that may be a debtor under such chapter. (b) The commencement of a voluntary case under a chapter of this title constitutes an order for relief under such chapter” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1978).

⁵⁸ “Section 303 – Involuntary cases: (a) An involuntary case may be commenced only under chapter 7 or 11 of this title, and only against a person, except a farmer, family farmer, or a corporation that is not a moneyed, business, or commercial corporation, that may be a debtor under the chapter under which such case is commenced” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1978).

retenham nenhum valor nos termos do plano de reorganização (CAMPANA FILHO, 2013, p. 51).

Após a aprovação do plano de reorganização, será designada uma audiência de homologação do plano, na qual as partes interessadas poderão apresentar suas objeções. Contudo, caso não haja a aceitação por todas as classes de credores, desde que elaseja justae equitativa⁵⁹, a homologação por via alternativa ocorrerá com a imposição do plano à classe dissidente, isto é, o *cramdown*, e por consequência de sua homologação judicial, ensejará a liberação de todas as dívidas existentes anteriormente ao pedido, em decorrência da novação de suas obrigações (MARTINS, 2016, p. 71); (CAMPANA FILHO, 2013, p. 53).

Na França, desde 1967, o ordenamento jurídico francês trata a empresa em crise e o empresário sob óticas distintas, de modo que, em virtude da função social ocasionada por aquela para com a sociedade, ele apresenta um sistema jurídico no qual o seu principal escopo é a recuperação da empresa.

A modernização do direito falimentar na França se deu com a entrada em vigor da Lei 67-563, de 13 de julho de 1967, que marcou a emergência de um verdadeiro *droi es entreprises em difficulté* no lugar do repressivo *droit des faillites*. Essa lei consagrou a distinção entre a sorte do empresário e a sorte da empresa, de modo que o primeiro poderia sofrer sanções em razão do seu comportamento, enquanto a segunda poderia ser objeto de uma *reglementjudiciaire* (para que pudesse continuar em funcionamento, caso fosse viável) ou de uma *liquidation* (para que seus bens fossem vendidos com o objetivo de satisfazer os credores). Os resultados não satisfatórios da lei de 1967 levaram a uma nova reforma, em 1985, visando a incentivar a recuperação das empresas, e que serve como base do direito de insolvência francês contemporâneo (CAMPANA FILHO, 2013, p. 65) (grifo do autor).

Ao longo das três décadas que sucederam a reforma de 1967, o direito francês buscou em outros ordenamentos mecanismos eficientes à superação da crise empresarial, sobretudo com vistas ao *Chapter 11*, do direito norte-americano. Consequentemente, no intuito de adequar o seu sistema jurídico à recuperação da empresa, o marco de expressivas

⁵⁹“O principal requisito para a homologação judicial do plano, é que todas as classes de credores afetados o tenham aceitado. Caso esse requisito não seja cumprido, o juiz pode homologar o plano mesmo sem o consentimento de todas as classes de credores (mas desde que ao menos uma delas o tenham aceitado), se ele for justo e equitativo (*is fair andequitable*) e se não discriminar injustamente as partes a ele sujeitas (*does notdiscriminateunfairly*). O plano é considerado justo e equitativo se a ordem de prioridades dos créditos (*absolutepriorityrule*) é respeitada, isto é, se as classes subordinadas só recebem seus créditos após as classes prioritárias serem integralmente pagas; e se as classes prioritárias só recebem algum pagamento adicional à totalidade do valor do seu crédito após o pagamento das classes subordinadas. A ausência de discriminação injusta, por outro lado, ocorre nos casos em que uma classe dissidente recebe, nos termos do plano, tratamento equivalente ao atribuído a outra classe de mesma senioridade” (CAMPANA FILHO, 2013, p. 52).

reformas legislativas no direito francês ocorreu a partir de 1985⁶⁰, culminando na Lei de Salvaguarda de Empresas em Dificuldades, de 2005, e atualmente, a legislação da insolvência empresarial dá ênfase aos institutos voltados à prevenção da crise da empresa (COELHO, 2013, p. 396) (GUIMARÃES, 2013, p. 597-598).

O critério para início de um processo de insolvência é a cessação dos pagamentos das obrigações, e no prazo de 45 dias contados da referida cessação, o devedor deverá apresentar um pedido de abertura da mencionada demanda judicial. Mesmo ocorrendo a intervenção do poder judiciário, o direito da empresa em crise na França incentiva a reestruturação das empresas antes do fato gerador do processo de insolvência por meio de medidas (extra)judiciais (CAMPANA FILHO, 2013, p. 67).

Assim, na França, a ideia de preservação da empresa em crise não se limita à judicialização, de tal modo que o sistema jurídico francês destaca-se por enfatizar a superação da crise empresarial por meio de institutos preventivos às empresas em dificuldades, isto é, foram instituídos mecanismos de prevenção à cessação de pagamentos para auxiliar na renegociação das dívidas do devedor.

Nesse contexto, são instrumentos que buscam o tratamento preventivo à empresa em crise os pedidos de conciliação⁶¹ e mandado *ad hoc*⁶², bem como o processo de salvaguarda,

⁶⁰ Segundo Márcio Souza Guimarães (2013, p. 597 – Grifo do Autor), o ciclo de reformas legislativas pode ser 03 três etapas: “1ª etapa: Lei n. 84-148, de 1º de março de 1984 e Lei n. 85-88, de 25 de janeiro de 1985; 2ª etapa: Lei n. 94-475, de 10 de julho de 1995 e 3ª etapa: Lei n. 845, de 25 de julho de 2005 (lei em vigor), regulamentada pelo Decreto n. 1677 de 28 de dezembro de 2005, e modificada pela *Ordonnancen.* 1345, de 18 de dezembro de 2008, e pela Lei n. 1.249 de 22 de outubro de 2011”.

⁶¹“O devedor pode requerer ao Tribunal do Comércio a abertura de um processo de conciliação (*conciliation*) caso esteja em dificuldades financeiras e não esteja em estado de cessação de pagamentos por um período superior a 45 dias (*Code de Commerce.* Art. L611-4). Nesse caso, o juiz nomeia um conciliador (*conciliateur*) por um período de quatro meses (renovável por mais um), que pode ser uma pessoa indicada pelo devedor (art. L611-7). O papel do conciliador é buscar a obtenção de um acordo entre o devedor e os credores para a superação da crise econômico-financeira, a manutenção da atividade e a preservação dos empregos (art. L611-7). Se um acordo não foi obtido, o conciliador deve comunicar o presidente do tribunal e suas funções são encerradas (art. L611-7). Caso as partes cheguem em um consenso, elas podem submeter o acordo ao juízo, para que constate a sua celebração e lhe dê força executória (art. L611-8-I). A pedido do devedor, o juiz pode também homologar o acordo, tornando-o público (art. L611-8). Em nenhum caso, porém, os credores discordantes são vinculados pelo acordo (art. L611-10)” (CAMPANHA FILHO, 2013, p. 67 – Grifo do Autor).

⁶²“O presidente do tribunal designará um mandatário *ad hoc*, fixando a sua missão e o prazo de conclusão do trabalho, de acordo com a fundamentação escrita apresentada e após a audiência realizada com o dirigente da empresa sobre as dificuldades vislumbradas. O mandatário *ad hoc* nomeado, após aceitar o encargo, firmará o compromisso de não impedimento e desempenhará sua atividade, nos termos do ato (*ordonnance*) de nomeação. A execução do mandato *ad hoc* é de extrema simplicidade jurídica. Não há uma regra entabulada para o desempenho de sua função. Seu mister será pautado na situação econômica e financeira da empresa, buscando lado a lado do dirigente encontrar soluções para o problema. Se os problemas forem técnicos como, por exemplo, os relacionados à contabilidade (como ativo imobilizado em excesso; falta de fluxo de caixa e prejuízos acumulados impedindo a distribuição de lucros), o mandatário deverá ser alguém com conhecimentos técnicos para auxiliar o dirigente que, muitas vezes, não tem o preparo necessário, nem tempo para tanto. Em outros casos, a figura do mandatário *ad hoc* pode ser muito importante como porta-voz do dirigente com seus credores” (GUIMARÃES, 2013, p. 609-610 – Grifo do Autor).

que visa a reestruturação dos devedores em dificuldades antes da cessação dos pagamentos de suas obrigações, o que busca sanear os problemas principais da conciliação, ou seja, o de não suspender as execuções contra o devedor e a não-vinculação dos credores dissidentes (MARTINS, 2016, p. 71) (GUIMARÃES, 2013, p. 607-613).

Contudo, caso não seja possível a autocomposição por meio desses mecanismos, e o devedor esteja em estado de cessação de pagamentos, a pedido do próprio devedor, de credores ou do Ministério Público, poderá ser aberto o pedido de recuperação judicial perante o Tribunal do Comércio ou o Tribunal de Grande *Instance* (jurisdição cível), como ressalva Paulo Fernando Campana Filho, ao expressar:

O *redressement judiciaire*, introduzido no sistema francês pela reforma de 1985, foi totalmente modificado com a alteração legislativa de 2005, ganhando contornos semelhantes aos da salvaguarda. De forma geral, como resultado da reforma, diversas normas relativas à salvaguarda passaram a ser aplicadas, *mutatis mutandi*, ao *redressement judiciaire*. Assim, da mesma forma como ocorre na salvaguarda, a abertura do processo de *redressement judiciaire* desencadeia um período de observação, para que o tribunal possa determinar se deverá haver a elaboração de um plano de recuperação judicial (*plan de redressement*), prevendo a continuidade das atividades nas mãos do devedor, e que deve ser aprovado por comitês de credores nos mesmos previstos para o processo de salvaguarda, ou se haverá a transferência do negócio, que poderá se dar por meio de um processo de liquidação (*liquidation*) (CAMPANA FILHO, 2013, p. 69-70) (grifo do autor).

No procedimento de recuperação judicial do sistema francês, durante o período de observação de no máximo seis meses, prorrogável por igual período, as execuções contra o devedor serão suspensas, ao passo que, nesse período, será levantado o balanço econômico e social da empresa em crise, de modo que ele seja um instrumento que norteie a elaboração do plano de recuperação judicial (COELHO, 2013, p. 396) (OLIVERIA, 2005, p. 64-65), bem como demonstre a viabilidade econômico-financeira ao tribunal e aos credores em recuperar a empresa.

Assim, apresentando o plano de recuperação judicial, os credores analisarão a viabilidade econômico-financeira em promover a recuperação da empresa em crise, de tal modo que eles poderão concordar com plano apresentado, promovendo-se, conseqüentemente, a recuperação judicial, ou então a cessação da empresa pelo devedor, que poderá ocorrer, inclusive, mediante um processo de falência (OLIVEIRA, 2005, p. 65).

Nesse sentido, no direito da empresa em crise do ordenamento jurídico francês, a judicialização das questões envolvendo a crise empresarial são tratadas como um instrumento subsidiário aos meios preventivos extrajudiciais, de tal modo que, por meios desses

mecanismos, atribui-se ao devedor a possibilidade de realizar uma autocomposição com seus credores, bem como, pela via extrajudicial, de superar eventual crise empresarial que afete o desenvolvimento hábil de sua empresa, tendo como escopo, por conseguinte, a prevenção da crise empresarial.

Na Itália, o direito da empresa em crise está às vistas da preservação de empresas, de maneira que, na ocasião de empresas cujo estado de crise gerasse sérios problemas para a economia local, regional ou nacional, o Estado promovia modificações legislativas para o fim de adequar o sistema jurídico a tais empresas.

O colapso da Parmalat, grupo societário multinacional que representava aproximadamente 1,5% do PIB da Itália, gerou, em dezembro de 2003, um desconforto sem precedentes para o país, cujo sistema falimentar se encontrava completamente obsoleto. A lei Marzano, preparada às pressas, abandonou as previsões punitivas e encorajou a recuperação dos devedores, por meio de acordos com os credores, evitando, assim, o encerramento de suas atividades. A partir de então, novas reformas foram introduzidas no sistema falimentar da Itália: a lei falimentar foi emendada em 2005; e a Lei de Marzano foi alterada pela Lei 166, de 2008, para permitir à companhia aérea Alitalia, outro grupo economicamente relevante, enfrentar sua insolvência. Todas essas alterações implantadas desde a quebra da Parmalat levaram à existência de diversas modalidades de recuperação de empresas insolventes na Itália (CAMPANHA FILHO, 2013, p. 70-71).

O sistema jurídico do direito da empresa em crise italiano traz mecanismos para superar a crise, protegendo os proprietários dos meios de produção, preservando sua exploração econômica, e garantindo a função social da empresa em eventual estado de insolvência, para que os empregados continuem a exercer suas atividades para manter o lucro do empresário.

Desse modo, à medida que a legislação é adequada para as ocasiões de crise da empresa, para que haja a sua recuperação a qualquer custo, a recuperação da empresa em crise apresenta-se como um instrumento para mascarar o desenvolvimento da propriedade privada. Ou seja, é implementado no ordenamento jurídico italiano um mecanismo por meio do qual a sociedade capitalista aperfeiçoa a sua fonte de exploração, submetendo os credores a uma ditadura do capital financeiro (PASUKANIS, 1989, p. 105).

No direito da empresa em crise italiano, podendo ser apresentada por qualquer parte interessada, inclusive o credor, durante o processo de falência, há a concordata falimentar, cujo objetivo é promover uma autocomposição entre credor e devedor, e por conseguinte, encerrar o processo de falência, enquanto que, requerida pelo devedor, a concordata preventiva visa a renegociação das dívidas mediante a apresentação de um plano de

reestruturação do passivo. Os credores cujos créditos tenham sido constituídos até à data do pedido ficam impedidos de promover ações judiciais para a satisfação de seus créditos (CAMPANHA FILHO, 2013, p. 71).

Nesse sentido, o sistema da empresa em crise da Itália assemelha-se aos mecanismos de recuperação da empresa existentes na vigência do Decreto-Lei 7.661/45, uma vez que, no ordenamento jurídico brasileiro, vigoram as concordatas suspensiva e preventiva, as quais, além de promoverem a renegociação das dívidas do devedor, apresentavam como consequência, respectivamente, a suspensão do processo de falência, ou então, evitavam a declaração da falência com a sua concessão.

Além das concordatas, há a possibilidade ao devedor de apresentar em juízo um acordo de reestruturação de dívidas, o qual deve ser aprovado por credores que representem, no mínimo, 60% de total de seus créditos, em cujo plano de reorganização dever prever o pagamento integral dos créditos no prazo de 120 dias, contados da data da homologação ou do vencimento da dívida. No entanto, por outro lado, ligada à recuperação de grandes empresários, isto é, aquelas que possuam, no mínimo, 200 empregados, há a administração extraordinária, na qual a gestão e reorganização da atividade econômica são orientadas e fiscalizadas por um comissário nomeado pelo juiz (CAMPANA FILHO, 2013, p. 72) (COELHO, 2013, p. 396).

Assim sendo, na Itália, a questão do tratamento da empresa em crise possui como resposta a tentativa de recuperação a qualquer custo, criando mecanismos que visarão tal escopo, com instrumentos destinados a empresas de pequeno e médio porte, bem como a empresas cuja crise empresarial ensejará consequências de grande monta para uma cidade, estado ou para o país.

Em Portugal, em virtude da aprovação do Decreto-Lei 53/2004, houve a reforma do direito da empresa em crise português, de tal maneira que houve a implementação de um processo de insolvência único, sem distinguir o seu objeto, isto é, se ele visa a recuperação da empresa em crise ou a falência do empresário.

Daí que o CIRE adopte uma sistematização diversa da do CPEREF, pondo termo à anterior distinção dicotômica entre processo de recuperação de empresas e processo de falência, e passando a adoptar (à semelhança do antigo regime do CPC) um processo único, denominado *processo de insolvência*, no âmbito do qual são fortemente reforçados os poderes dos credores (através da respectiva assembleia de credores), que fixam livremente o conteúdo do “plano de insolvência”, cabendo ao juiz declarar ou não a insolvência ou não daquele plano (CORREIA, 2009, p. 399) (grifo do autor).

Com efeito, em virtude da referida reforma legislativa, visou-se adequar o sistema da empresa em crise do direito português às exigências comunitárias, bem como criar condições para que a recuperação da empresa não fosse realizada a qualquer custo, ou seja, são passíveis de recuperação aquelas empresas que apresentem uma viabilidade econômico-financeira em serem preservadas (OLIVEIRA, 2005, p. 74).

Apesar disso, segundo destaca Miguel Pupo Correia (2009, p. 398), não obstante a recuperação da empresa tivesse como propensão tentar evitar o desencadeamento de uma crise empresarial que enseje a cessação da atividade empresarial com a declaração da falência, o seu principal objetivo era assegurar o interesse dos credores, segundo destacado no próprio preâmbulo do Decreto-Lei 53/2004, tendo a satisfação dos créditos dos credores o papel central desse sistema jurídico.

Dessa maneira, infere-se que, ao contrário do direito da empresa em crise italiano, em que é visada a proteção do devedor, no sistema português, o direito da empresa em crise é instrumento jurídico protetivo dos interesses do credor, de tal maneira que, com a reforma legislativa, o seu objetivo é a proteção dos credores, com a consequente preservação da empresa, ou seja, a manutenção da empresa torna-se subsidiária à busca de garantir o crédito dos credores.

No Brasil, a recuperação da empresa em crise está prevista na Lei 11.101/05, na qual o referido instituto apresenta-se em três modalidades, sejam elas a recuperação judicial, extrajudicial, e a recuperação judicial voltada para empresas de pequeno porte e microempresas. O objetivo de todas é viabilizar a superação da situação de crise econômica, financeira e/ou patrimonial do empresário do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, dos postos de emprego e credores, propiciando a preservação da empresa e de sua função social.

No Brasil, a lei contempla duas medidas judiciais com o objetivo de evitar que a crise na empresa acarrete a falência de quem a explora. De um lado, a recuperação judicial; de outro, a homologação judicial de acordo de recuperação extrajudicial. Os objetivos delas são iguais: saneamento da crise econômico-financeira e patrimonial, preservação da atividade econômica e dos seus postos de trabalho, bem como o atendimento aos interesses dos credores. Diz-se que, recuperada, a empresa poderá cumprir sua função social (COELHO, 2013, p. 397-398).

Diante de o exercício da atividade empresarial promover a geração de empregos, rendas, tributos e circulação de serviços e produtos para o mercado de consumo, por meio da

Lei 11.101/05, o ordenamento jurídico brasileiro instituiu a recuperação da empresa em crise para que o empresário possa superar a crise empresarial da atividade exercida, promovendo, conseqüentemente, a preservação da função social da empresa perante empregados, fornecedores, fisco e consumidores.

Nesse contexto, segundo indicador de Falências e Recuperações, da Serasa Experian, ao longo do ano de 2015 até o mês de dezembro de 2018, houve distribuição de 5.978 pedidos de recuperações judiciais no Brasil, dentre as quais se destaca a recuperação judicial do Grupo OI, cuja dívida perfaz, aproximadamente, R\$ 65 bilhões de reais, com 55.080 credores, tornando-se, por consequência disso, a maior recuperação judicial já proposta no Brasil (SERASA EXPERIAN, 2019).

A recuperação da empresa em crise é um instrumento jurídico para a superação da crise empresarial que pode ser requerida somente pelo empresário. Isso significa que ela é um instituto jurídico voltado a sanar crise empresarial tanto do empresário exercente de atividade rural quanto do empresário exercente de atividade econômica não-rural.

Nesse sentido, em consequência de o pedido de recuperação judicial restringir-se à figura do empresário, além de a Lei 11.101/05 não ser aplicada a outros agentes econômicos, são excluídos da possibilidade de requerer a recuperação judicial os profissionais intelectuais, os exercentes de atividade econômica de natureza científica, literárias e artística, ou seja, atividades exercidas por advogados, médicos, engenheiros, etc.

A Lei 11.101/05 é uma legislação de natureza mista, isto é, apresenta textos normativos de direito material, bem como de direito processual, tanto para o processo de recuperação quanto de falência da empresa que se apresenta em crise. O procedimento da recuperação judicial pode ser dividido em três fases processuais, como ressalva Adriano de Oliveira Martins, ao expressar:

O processo de recuperação judicial da empresa se divide em três fases. Na primeira, denominada de *Fase Postulatória*, parte de uma petição inicial requerendo a recuperação da empresa e se encerra com o despacho determinando processar o pedido de reorganização daquela. A segunda fase, a *Fase Deliberativa*, é o momento no qual é discutido e aprovado o plano de recuperação judicial. Por fim, a derradeira etapa do procedimento recuperatório compreende a *Fase de Execução e Encerramento do Procedimento Recuperatório*, uma etapa em que, efetivamente, são aplicadas e executadas as diretrizes contidas no plano de recuperação judicial da empresa, culminando com a sentença de encerramento do processo falimentar (MARTINS, 2016, p. 132)(grifo do autor).

Com efeito, após à realização de um diagnóstico preciso sobre a crise empresarial na qual foi definida a recuperação judicial como um instrumento para a superação da crise econômica, financeira e/ou patrimonial, a primeira fase do procedimento de recuperação judicial, denominada de fase postulatória, inicia-se com uma petição inicial, isto é, o instrumento da demanda, na qual alguém formula sua pretensão para ser apresentada ao órgão jurisdicional, e na ocasião, o empresário devedor requer a recuperação da empresa, encerrando-se com a decisão judicial que determina processamento do referido pedido.

A segunda fase, denominada de fase deliberativa, inicia-se com os procedimentos administrativos de habilitação e/ou divergência de crédito para que seja elaborado e consolidado o quadro geral de credores e, posteriormente, seja homologado pelo juízo recuperacional, e seu término ocorre com a deliberação sobre a aprovação ou não do plano de recuperação judicial⁶³.

A partir disso, estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, ou seja, os créditos de natureza trabalhista, com direitos reais de garantia, créditos quirografários e os créditos de credores enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte (BRASIL, 2005).

Diante da aprovação do plano de recuperação judicial, ensejar-se-á a novação das dívidas, obrigando tanto a recuperanda quanto os credores no dever de se submeterem aos efeitos do referido plano, inclusive na aplicação de deságios e dilação de prazos para os pagamentos das dívidas (COELHO, 2013, p. 441-442).

Na última etapa do procedimento de recuperação judicial, denominada de fase de execução e encerramento do procedimento, ela se inicia com decisão concessiva da recuperação judicial, na qual, efetivamente, são aplicadas e executadas as diretrizes contidas no plano de recuperação judicial da empresa aprovado, que terminará com a sentença de

⁶³“O plano de recuperação judicial, apresentado pelo devedor, é submetido à aprovação dos credores, reunidos em assembleia-geral. De forma geral, a lei confere liberdade às partes para a negociação do plano, embora haja limitações, como a imposição do prazo máximo de um ano para pagamento de créditos trabalhistas. [...]. O plano é considerado aprovado apenas mediante a obtenção dos quóruns exigidos pela lei em cada uma das referidas classes. Caso esse quórum seja atingido, o juiz deve conceder a recuperação judicial ao devedor, tornando o plano vinculativo a todos os credores, inclusive os dissidentes e os ausentes na assembleia, com exceção daqueles que não se sujeitam à recuperação judicial, tais como os detentores de garantias fiduciárias. Se, entretanto, o quórum não for atingido em uma das classes, o juiz pode, ainda assim, homologar o plano caso haja o cumprimento de alguns requisitos: credores titulares de mais da metade dos créditos presentes à assembleia-geral, independentemente da classe a que pertençam, devem ter aprovado o plano; as demais classes de credores devem ter aprovado o plano, conforme o quórum exigido pela lei; na classe dissidente, mais de um terço dos credores, computados por cabeça e por valor do crédito (ou apenas por cabeça, no caso da classe trabalhista), deve ter aprovado o plano; e o plano não pode prever tratamento diferenciado entre os credores da classe que o rejeitou. Esse mecanismo de homologação do plano, por ser análogo ao existente no direito norte-americano, recebeu o apelido de *cramdown*. Caso, entretanto, o quórum necessário não seja obtido nem mesmo com a aplicação deste *cramdown* à brasileira, o plano é considerado rejeitado e o juiz deve decretar a falência do devedor” (CAMPANA FILHO, 2013, p. 80-81).

encerramento do processo recuperacional, após dois anos da concessão da recuperação judicial.

Desse modo, na medida em que a empresa possui relevante função social para o crescimento e desenvolvimento da sociedade na qual esteja inserida, impõe-se a observância da necessidade de se preservar esse meio de produção para que ele continue a exercer a pretendida função social, sobretudo para a busca do pleno emprego. Assim, isso somente poderá ocorrer se as empresas forem preservadas.

A segunda modalidade de recuperação da empresa em crise é a recuperação extrajudicial. À exceção dos titulares de créditos trabalhistas e tributários, possibilita que o devedor possa renegociar suas dívidas perante seus credores por meio de uma autocomposição extrajudicial. Nesse contexto, a homologação judicial do plano de reorganização das dívidas somente será obrigatória quando, ao menos, 60% dos credores atingidos concorda em apoiá-lo. Havendo uma minoria que nega sua adesão, e em consequência da homologação judicial, estender-se-ão os efeitos do plano aos credores minoritários (CAMPANA FILHO, 2013, p. 82).

Assim, por meio do procedimento de renegociação extrajudicial das dívidas, o objetivo a ser alcançado será a preservação da empresa em crise, possibilitando que a empresa explorada pelo empresário continue a apresentar uma função social perante empregados, fornecedores, fisco e consumidores.

Por seu turno, a Lei 11.101/05 ainda institui um terceiro tipo de recuperação da empresa em crise, isto é, um processo de insolvência empresarial destinado exclusivamente àquelas enquadradas como microempresas⁶⁴ e empresas de pequeno porte⁶⁵, desde que haja a opção por essa modalidade de recuperação judicial.

A partir disso, Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 447), salienta que, diante da pouca complexidade do passivo e na maneira de sua recuperação de microempresas ou empresas de pequeno porte em crise, “a lei adota um procedimento simplificado e restringe os meios de reorganização ao parcelamento do passivo cível e trabalhista”.

⁶⁴ De acordo com a lei complementar 123/2006, consideram-se microempresas, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário que aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (BRASIL, 2006).

⁶⁵ De acordo com a lei complementar 123/2006, consideram-se empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário que aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (BRASIL, 2006).

Diante disso, excetuados os decorrentes de repasse de recursos oficiais, os fiscais e os previstos nos §§ 3º e 4º, do art. 49 da Lei 11.101/05⁶⁶ poderão se submeter ao plano especial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, o qual deverá apresentar um parcelamento em até 36 parcelas mensais, iguais e sucessivas, vencendo a primeira parcela no prazo máximo de 180 dias, contados da distribuição do pedido de recuperação judicial.

Diante da crise alcançada na microempresa ou empresa de pequeno porte, o sistema jurídico brasileiro do direito da empresa em crise adequa uma modalidade de recuperação judicial hábil a atender às exigências que demandam às referidas empresas, propiciando, assim, um procedimento processual simplificado de acordo com o seu porte econômico.

Em vista disso, o processo de recuperação da empresa em crise impõe uma divisão de ônus entre o empresário devedor e seus credores, de maneira que ele não é um instrumento voltado à exclusiva proteção do empresário, e tampouco à tutela dos interesses do credor, mas baseia-se na preservação da empresa em crise para que haja a manutenção de sua função social.

Assim, a Lei 11.101/05 promove a superação do dualismo pendular, ou seja, ela não protege exclusivamente os interesses dos credores ou dos devedores, mas, em decorrência dos benefícios sociais e econômicos por ela propiciados, prestigia a recuperação da atividade empresarial.

Nesse sentido, a teoria de superação do dualismo pendular, elaborada por Daniel Carnio Costa (2015, p. 67-68), dá ênfase à recuperação da atividade empresarial. Isto é, no processo de recuperação judicial não deve ser dado um tratamento que prestigie ora o interesse dos credores, ora do devedor, mas um que promova o bom funcionamento do sistema jurídico da recuperação da empresa em crise, para que haja a preservação da função social da empresa, e por conseguinte, a realização de empregos, recolhimento de tributos e aquecimento de produtos ou serviços ao consumidor.

^{66c} Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. [...] § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. § 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei” (BRASIL, 2005).

Portanto, credores e empresário devedor assumem um ônus em prol da preservação da empresa, ao passo que a recuperação da empresa em crise promove a sua manutenção para que ela continue a exercer a sua função social para com a sociedade. Desse modo, serão mantidos os postos de empregos, inclusive com a criação de outros, continuidade no pagamento de tributos e a circulação de produtos e serviços para o mercado de consumo.

Dessa maneira, durante as suas etapas evolutivas, o direito da empresa em crise no Brasil visava sancionar o empresário (antigamente o comerciante), que estivesse em estado de insolvência empresarial, bem como proteger os interesses creditícios dos credores, de maneira que a manutenção da empresa tratava-se de algo vil para o sistema jurídico. Com o advento da Lei 11.101/05, há uma superação de paradigma, pois a recuperação da empresa em crise no sistema jurídico brasileiro torna-se a regra para que ela continue a exercer uma função, tornando a falência um mecanismo jurídico para as empresas inviáveis de serem recuperadas, não se promovendo, conseqüentemente, um processo de recuperação a qualquer custo, em detrimento dos interesses da sociedade e de credores.

2.5 Da função social da empresa no processo de recuperação

Diante das construções teóricas elaboradas neste trabalho, a empresa exercida pelo empresário tem importante papel na economia e desenvolvimento de um município, estado ou de um país, haja vista que, a partir dela, há a criação de postos de trabalho, aquisição de insumos perante fornecedores, arrecadação de tributos e abastecimento de produtos e serviços no mercado de consumo.

De acordo com Camila Aparecida Borges e Marcelo Benacchio (2015, p. 43), “as empresas são organizações fundamentais à produção da riqueza, que, na sociedade capitalista, é elemento fundamental para realização do bem-estar do ser humano no sentido da alocação de recursos para consecução de direitos sociais”.

Assim sendo, a empresa possui uma importância no desenvolvimento humano, uma vez que, diante da geração de rendas e empregos, bem como com a arrecadação dos tributos pelo empresário, é provido o Estado, de maneira que, enquanto um dos meios para o desenvolvimento como liberdade, a atividade empresarial propiciará às pessoas o acesso às facilidades econômicas, isto é, em uma perspectiva seniana, os intulamentos econômicos.

No exercício da empresa, o empresário deve instituir a sua empresa para que a sua atividade econômica esteja em consoância com a ordem econômica, ou seja, diante do texto normativo do art. 170, da Constituição Federal, a empresa deverá ser exercida em observância

dos interesses que convergem em torno da referida atividade. Adriano de Oliveira Martins (2013) expressa:

Em face do papel nuclear da empresa em nossa sociedade, podemos dizer, no entanto, que ela passa a reunir ou congrega em torno de si toda uma gama de interesses juridicamente tutelados, os quais não apenas envolvem, mas ultrapassam o mero intuito de lucro perseguido pelo empresário ou pelos sócios.

É natural que, como centro polarizador da atividade econômica moderna, já chamada de célula-mater da economia em nossos tempos, convergisse para a empresa uma variada gama de interesses, dizendo respeito aos trabalhadores, aos credores, ao Estado (quer na sua função mais mesquinha de arrecadador de impostos, quer como incentivador das atividades produtoras, quer, ainda, como intérprete das aspirações populares ou do bem público), aos sócios ou acionistas, em relação ao empresário coletivo, aos consumidores, à comunidade, etc. (MARTINS, 2013, p. 48-49).

Na medida em que a empresa é exercida de acordo com a ordem econômica, infere-se um elo entre a atividade empresarial e o desenvolvimento humano na perspectiva seniana, uma vez que aquela não será implementada em benefício de seu titular, porquanto ela será um dos meios para o desenvolvimento como liberdade, e, por conseguinte, haverá um equilíbrio entre os interesses do empresário e os da sociedade (BORGES; BENACCHIO, 2015, p. 44).

A função social da empresa prevista no texto normativo do art. 170 da Constituição Federal, segundo Écio Perin Júnior (*apud* PIPOLO, 2016, p. 86), tem como objetivo possibilitar que não apenas o empresário participe dos benefícios advindos da propriedade dos bens de produção, mas também aqueles cujos interesses são afetados com o exercício da atividade econômica, de maneira que, além de evitar que a atividade se torne um fim em si mesma e seja exercida a qualquer custo pelo empresário, violando a esfera jurídica destes, seja proporcionado o desenvolvimento da empresa conforme os ditames da justiça social previstos naquele texto normativo.

Com isso, a partir da função social da empresa na ordem econômica, a empresa estará em consonância com o referido texto normativo constitucional. Isso significa que, em virtude de o empresário exercer a sua empresa ao encontro dos princípios da ordem econômica, serão observados os interesses da coletividade, e, conseqüentemente, a atividade empresarial não será um instrumento utilizado estritamente pelo empresário para o aumento de sua mais-valia.

Em períodos de crise empresarial, as conseqüências advindas dela não são refletidas apenas no agente econômico que exerce a empresa, mas também nos interesses daqueles que a circundam e contribuem para a formação da função social da empresa. Diante da referida

função social, devem ser instituídos instrumentos jurídicos que visem a superação da crise econômica, financeira e/ou patrimonial.

Em tempos de crise econômica, vários alertas devem ser ligados, haja vista as dificuldades enfrentadas, podendo levar ao encerramento das atividades empresariais, caso não haja um devido e adequado tratamento para expurgar a crise.

As interferências na realidade do mercado, em razão da escassez do crédito e o encolhimento da economia, afetam as estruturas empresariais, pondo em risco todo o mercado, deflagrando a necessidade de recuperação de certas empresas urgentemente.

E essa necessidade (recuperação das empresas) se apresenta pelo fato de que essas organizações possuem função preponderante no desenvolvimento social do país. Geram empregos, promovem colocações no mercado de trabalho e giram a economia.

Pelos riscos que a empresa assume e sua preponderante função no desenvolvimento de uma sociedade mais justa, em casos específicos, a legislação brasileira estabelece mecanismos para a promoção da recuperação das organizações empresariais, visando à satisfação dos credores, à saúde da empresa e, sobretudo, à condição social de inúmeras famílias que dependem, para suas subsistências, dos rendimentos que as proporcionam. (NISHIYAMA; SOUZA JÚNIOR, 2018, p. 4).

Nesse sentido, com o objetivo de promover a superação da crise empresarial experimentada pelo empresário, conforme exposto no item 2.3, por meio da promulgação da Lei 11.101/05, o Estado criou no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da recuperação da empresa, cujo objetivo está voltado à preservação da empresa, estímulo ao desenvolvimento da atividade empresarial e à sua função social perante os empregados, fisco, fornecedores e consumidores.

O poder constituinte estabeleceu no texto normativo do art. 170 da Constituição Federal, as regras e princípios que estruturam a ordem econômica no Brasil para que o desenvolvimento da atividade econômica seja fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, para assegurar a todos uma existência digna, segundo os ditames da justiça social. Assim, ao implementar a Lei 11.101/05 no ordenamento jurídico, o legislador infraconstitucional buscou alinhar a referida legislação com os objetivos previstos na Constituição, ou seja, a função social da propriedade dos bens de produção, a qual serve de fundamento da função social da empresa e à sua preservação (PIPOLO, 2016, p. 36-37); (MARTINS, 2016, p. 85).

Diante do referido objetivo do instituto da recuperação da empresa em crise, o texto normativo do art. 47 da Lei 11.101/05 delinea os escopos a serem alcançados com a superação da crise empresarial.

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (BRASIL, 2005).

De acordo com Gladston Mamede (2010, p. 118-119), segundo o texto normativo do art. 47 da Lei 11.101/05, são estabelecidas as finalidades da recuperação da empresa em crise, ou seja, busca-se a superação da crise empresarial para permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, e, conseqüentemente, o soerguimento da empresa por meio do cumprimento do plano de recuperação.

Tratando sobre os escopos do referido instituto, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Adriana Valéria Pugliesi (2018, p. 179) destacam que “é um dos instrumentos estabelecidos na Lei 11.101/2005 que tem como objetivo criar condições para viabilizar a superação da crise empresarial, com a finalidade de manter a fonte produtora, o emprego dos trabalhadores e resguardar os interesses dos credores”.

Com efeito, a partir do enunciado do art. 47 da Lei 11.101/05, o Superior Tribunal de Justiça reafirmou a sua jurisprudência⁶⁷ sobre os objetivos do instituto da recuperação judicial, isto é, a preservação da empresa, de sua função social e o estímulo à atividade econômica, e por conseguinte, estabelecendo a competência do Juízo Recuperacional para a prática de atos de constrição judicial do patrimônio ativo daquele devedor (BRASIL, 2015a).

Ademais, no julgamento de recurso de agravo de instrumento que impugnava a decisão judicial que prorrogou o prazo de suspensão das execuções movidas contra o empresário submetido ao procedimento do pedido de recuperação judicial, o Tribunal de Justiça de São Paulo destacou os objetivos do instituto da recuperação da empresa em crise para a manutenção do pronunciamento judicial impugnado, e, por conseguinte, para a prorrogação do período *destayperiod*.

O objetivo da recuperação judicial é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira, para permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, além de estimular a atividade econômica, observando, assim, os princípios da função social e da preservação da empresa.

⁶⁷ De acordo com os informativos de jurisprudência nº 472 e 451, do Superior Tribunal de Justiça, apesar da execução fiscal não ser suspensa em decorrência do deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial, a fim de garantir o princípio da preservação da empresa, os atos que importem em constrição do patrimônio do empresário devedor devem ser analisados pelo Juízo recuperacional.

Ademais, o prosseguimento das ações e execuções movidas em face da devedora, com a possibilidade de expropriação de bens essenciais ao desenvolvimento da atividade, momentos antes da realização de Assembleia Geral de Credores, inviabilizará a aprovação de qualquer plano de recuperação judicial da empresa devedora.

Como o escopo do instituto da recuperação judicial é o soergimento da empresa, não tendo ela contribuído para a não conclusão dos atos dentro do período de 180 dias de suspensão, parece razoável a manutenção da prorrogação do *stayperiod* por mais 120 dias, na forma da referida decisão recorrida. (SÃO PAULO, 2018a) (grifo do autor)

Com isso, em virtude da preservação da empresa e de sua função social no pedido de recuperação judicial, quando verificada a inexistência de conduta do empresário que ensejasse a demora para a aprovação do plano de recuperação, e em consonância com o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal de Justiça de São Paulo superou a taxatividade do texto normativo do art. 6º, §4º⁶⁸, da Lei 11.101/05, possibilitando a prorrogação do prazo de suspensão do curso das execuções propostas contra o empresário submetido ao procedimento do referido pedido.

Contudo, diante da constatação da aplicação indiscriminada do princípio da preservação da empresa para a superação do conteúdo de determinado texto normativo, sem que no dispositivo legal existisse qualquer tipo de vício de inconstitucionalidade, segundo Henrique Afonso Pipolo (2016, p. 162-163), deve ocorrer a limitação da discricionariedade judicial na aplicação do princípio da preservação da empresa, isto é, ele deve ser aplicado enquanto um instrumento de integração de normas jurídicas, bem como quando houvera imprecisão do texto normativo.

Desse modo, a partir da proposta do referido autor, ao ser limitada a discricionariedade judicial na aplicação do princípio da preservação da empresa para as hipóteses de omissão legislativa ou obscuridade, será propiciada uma segurança jurídica nas relações jurídicas processuais em torno do direito da empresa em crise.

Diante do texto normativo do art. 47 da Lei 11.101/05, são estabelecidas três formas verbais que estruturam as finalidades do processo de recuperação de empresa em crise, segundo Ricardo Negrão (2016):

Parece-nos adequada essa formulação no exame do princípio a que nos propusemos estudar, tendo em vista o enunciado prescritivo em exame (art. 47 da Lei n. 11.101/2005), redigido com forte sintaxe finalística. De fato, o

⁶⁸ “§ 4º. Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial” (BRASIL, 2005).

legislador faz uso de três formas verbais: *viabilizar* (a superação da situação de crise econômico-financeira), *permitir* (a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores) e *promover* (“promovendo, assim” a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica), sendo este último o que mais se aproxima do caráter de norma-fim. (NEGRÃO, 2016, p. 62) (grifo do autor)

O referido dispositivo buscou estabelecer os objetivos do instituto da recuperação, ou seja, viabilizar a superação da crise empresarial experimentada pelo empresário, permitindo-lhe a manutenção de sua atividade empresarial (fonte produtora), dos pontos de trabalhos e dos interesses de seus credores, a fim de garantir a preservação de sua empresa no mercado, a sua função social perante aqueles cujos interesses circundam em torno do exercício da atividade empresarial, fomentando, assim, a continuidade no desenvolvimento da empresa (PIPOLO, 2016, p. 40) (TOLEDO; PUGLIESI, 2018, p. 179).

Assim, em decorrência da última forma verbal – promover – que delinea as consequências de recuperação da empresa em crise, a continuidade da atividade econômica ensejará a manutenção de postos de emprego, bem como a geração de outros postos, arrecadação de tributos, geração de riqueza. Isso significa que a empresa continuará a exercer uma função social, uma vez que, superada a crise empresarial, diretamente, os trabalhadores, fornecedores, fisco e consumidores serão beneficiados pela preservação da empresa e, diante de seu papel para o desenvolvimento local, regional e entre outros, indiretamente, toda a sociedade será beneficiada com preservação e função social da empresa.

Em vista disso, podemos inferir a manifestação da função social da empresa em duas perspectivas, isto é, a função social da empresa na ordem econômica e a função social da empresa na recuperação da empresa.

No entanto, apesar de ambas estarem voltadas a prover o interesse social da empresa, verifica-se uma diferença entre elas, pois, conforme exposto no item 1.4, na medida em que a função social da empresa na ordem econômica busca regular o exercício da atividade econômica, em observância ao texto normativo do art. 170 da Constituição Federal, o empresário não poderá dar uma destinação à sua empresa em violação às esferas jurídicas daqueles que são afetados com o exercício da atividade econômica, isto é, por meio da referida função social, evitar-se-á o crescimento econômico do empresário a qualquer custo em detrimento da violação dos interesses da coletividade. Por conseguinte, em virtude de o desenvolvimento da empresa ir ao encontro das regras e princípios da ordem econômica, busca-se o equilíbrio entre ambos os interesses.

De acordo com a construção teórica elaborada no item 2.4, em virtude dos reflexos negativos de uma crise empresarial ao exercício da empresa para os trabalhadores, fisco, fornecedores e consumidores, bem como à própria sociedade, a função social da empresa na recuperação da empresa ocorre enquanto uma consequência da pretendida recuperação. Sua preservação no mercado, e em consonância com o texto normativo do art. 47, da Lei 11.101/05, esta manifestação da função social é verificada na continuidade do desenvolvimento da atividade empresarial com a qual promove repercussão na manutenção dos postos de trabalho, arrecadação fiscal, fornecimento de produto/serviço ao mercado de consumo, geração de riqueza para os fornecedores na aquisição de insumos, etc.

A teor do texto normativo do art. 47 da Lei 11.101/05, em decorrência da função social da empresa na ordem econômica, a preservação da empresa e a função da empresa no processo de recuperação constituem princípios jurídicos norteadores da demanda voltada ao soerguimento da empresa, segundo salienta Gladston Mamede, ao expressar:

A recuperação de empresas tem por objetivo viabilizar a superação da situação da crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, dos empregados dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (artigo 47 da Lei 11.101/05). Essa definição legal positiva os *princípios da função social da empresa e da preservação da empresa*: a recuperação visa promover (1) a preservação da empresa, (2) sua função social e (3) o estímulo à atividade econômica (atendendo ao cânone constitucional inscrito no artigo 3º, II e III, que definem como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. (MAMEDE, 2010, p. 118-119)(grifo do autor)

Nesse contexto, segundo Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Adriana Valéria Pugliesi (2018, p. 181-184), diante do conteúdo do texto normativo do art. 47 da Lei 11.101/05, a preservação da empresa e o respeito à sua função social constituem o norteprincipiológico do procedimento estabelecido para o processo de recuperação da empresa. Conseqüentemente, a Lei 11.101/05, no que se refere à recuperação de empresa em crise, deve ser interpretada em conformidade com os referidos princípios, notadamente para que empresas inviáveis sejam submetidas ao procedimento do processo de falência e não haja a concessão de recuperação a toda e qualquer empresa.

De acordo com Adriano de Oliveira Martins (2013, p. 104-106), além de serem positivos os objetivos do processo de recuperação de empresa, no texto normativo do art. 47 da Lei 11.101/05, como corolários da função social da propriedade dos bens de produção, são

materializados os princípios da função social da empresa e de sua preservação, os quais compõem a base principiológica da referida legislação, de modo que há uma relação antecedente-consequente entre eles, isto é, a preservação da empresa conduz à manutenção da função social da empresa, pois, para o referido autor, é necessária a preservação da empresa para que ela continue a cumprir a sua função social perante trabalhadores, fornecedores, consumidores e Estado.

Com efeito, no julgamento de recurso de agravo de instrumento no qual impugnava a decisão judicial que indeferiu o pedido de arresto de bens utilizados em sua atividade econômica por empresário submetido ao procedimento do pedido de recuperação judicial, e sob o fundamento da necessidade de serem observados os princípios da preservação da empresa e da sua função social previstos no texto normativo do art. 47 da Lei 11.101/05, o Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a decisão impugnada, e por conseguinte, impediu a existência de obstáculos ao soerguimento da empresa.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Tutela cautelar de caráter antecedente. Decisão que indeferiu o arresto dos materiais objetos da atividade da empresa em recuperação judicial - Inconformismo Risco à atividade empresarial, pois, neste momento, a expropriação dos bens comprometeria o sucesso do plano de recuperação judicial - Princípios da preservação da empresa e da sua função social - Decisão mantida - Recurso não provido (SÃO PAULO, 2018c).

Com isso, a preservação e a função social da empresa são tratadas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo enquanto princípios jurídicos estruturantes da Lei 11.101/05. A partir de ambos os princípios, no referido caso concreto, houve a manutenção do pronunciamento judicial que indeferiu o pedido de arresto de bens materiais utilizados no desenvolvimento da atividade empresarial pelo empresário em crise empresarial, para não inviabilizar o prosseguimento do exercício da empresarial, de modo a comprometer o cumprimento de seu plano de recuperação.

No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, além de reconhecer a função social da empresa na ordem econômica enquanto um corolário da função da propriedade prevista no texto normativo do art. 170, III, o Supremo Tribunal Federal reconhece a função social da empresa no processo de recuperação como princípio jurídico, constituindo, por conseguinte, um dos alicerces argumentativos de pronunciamentos judiciais proferidos pela referida Corte, de modo que, no julgado em questão, ela tornou-se um instrumento de aplicação da justiça distributiva, assegurando critérios equitativos no concurso de credores.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 60, PARÁGRAFO ÚNICO, 83, I E IV, c, E 141, II, DA LEI 11.101/2005. FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS ARTIGOS 1º, III E IV, 6º, 7º, I, E 170, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988. ADI JULGADA IMPROCEDENTE. I - Inexiste reserva constitucional de lei complementar para a execução dos créditos trabalhistas decorrente de falência ou recuperação judicial. II - Não há, também, inconstitucionalidade quanto à ausência de sucessão de créditos trabalhistas. III - Iguamente não existe ofensa à Constituição no tocante ao limite de conversão de créditos trabalhistas em quirografários. IV - Diploma legal que objetiva prestigiar a função social da empresa e assegurar, tanto quanto possível, a preservação dos postos de trabalho. V - Ação direta julgada improcedente (BRASIL, 2009).

A preservação da empresa, bem como a sua função social, são elevadas à condição de princípios jurídicos na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁶⁹, de maneira que, para o referido tribunal, “a recuperação judicial é norteada pelos princípios da preservação da empresa, da função social e do estímulo à atividade econômica, a teor do art. 47 da Lei n.11.101/2005” (BRASIL, 2015b, p. 1).

Contudo, a doutrina não é unânime em relação aos denominados princípios da preservação da empresa e função social da empresa serem tratados enquanto princípios jurídicos, uma vez que o texto normativo do art. 47 da Lei 11.101/05 remete a um caráter descritivo do procedimento do processo de recuperação, e com isso, a preservação da empresa e sua função social são tidas como fins da tutela jurisdicional propiciada com o processo de recuperação, não sendo, portanto, um estado ideal de coisas a ser concretizado pelo Estado. Ricardo Negrão expressa:

⁶⁹“AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. LITISCONSÓRCIO ATIVO. POSSIBILIDADE. REQUISITOS NÃO ATENDIDOS. AUSÊNCIA DE PROVAS DA EXISTÊNCIA DE GRUPO ECONÔMICO. ÔBICES RELEVANTES À IMPLEMENTAÇÃO DA ASSEMBLÉIA CONJUNTA DE TODOS OS CREDITORES. ALTERAÇÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Apesar de reconhecer a possibilidade de processamento da recuperação judicial em litisconsórcio ativo, a Corte de origem, analisando o acervo fático-probatório dos autos, concluiu pela existência de óbices relevantes à implementação assembleia conjunta de todos os credores das recorrentes para a aprovação ou rejeição do plano de viabilidade econômica, bem como que os credores das sociedades viáveis economicamente não tem interesse em reconhecer a solidariedade com a dívida das que se encontram em dificuldade. 2. Concluiu, ainda, pela ausência de provas quanto à existência de grupo econômico entre as onze sociedades empresárias recorrentes, de modo que o litisconsórcio ativo, no caso dos autos, não favorece os princípios da preservação da empresa, da função social e do estímulo à atividade econômica, que norteiam a recuperação judicial. 3. A modificação de tais entendimentos lançados no v. acórdão recorrido demandaria o revolvimento de suporte fático-probatório dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula 7 deste Pretório, óbice que impede a análise do recurso também no que diz respeito à alegada divergência jurisprudencial. 4. Agravo interno a que se nega provimento (BRASIL, 2018a – Grifo Nosso)”.

Não havendo resposta fácil e prática para tal indagação, parece-nos claro que o tríplice objetivo da preservação (empresa, função social e atividade econômica) é descritivo: são fins que a tutela recuperatória deve alcançar. Identicamente, num pedido de divórcio, a pretensão é alcançar a dissolução do laço patrimonial; no pedido de dissolução da sociedade, é obter a extinção do contrato social; na indenização por danos morais, obter o ressarcimento adequado pelo prejuízo sofrido, etc. – são fins, e não um “dever de promoção de um estado ideal de coisas”, conteúdo próprio dos princípios. Manter a atividade empresarial exercida por empresário individual, empresa individual de responsabilidade limitada ou sociedade empresária é objetivo do processo judicial recuperatório, quando estabelecida a crise econômico-financeira. Trata-se de faculdade processual destinada a *certos empresários*, e não estado ideal de coisas. (NEGRÃO, 2016, p. 65-66) (grifo do autor)

Desse modo, para o referido autor, a preservação da empresa e a função social previstas no texto normativo do art. 47 são objetivos descritos pelo legislador infraconstitucional a serem alcançados com a tutela jurisdicional advinda do processo de recuperação. Ou seja, não se trata de um direito à preservação atribuído ao empresário, mas fins que se pretendem obter com a referida tutela.

Portanto, a tríplice preservação, isto é, preservação da empresa, da função social e do estímulo à atividade econômica, não constituem princípios jurídicos com força normativa para a continuação da empresa. Ao empresário que não obtenha deliberação favorável do plano apresentado pelos seus credores, o juízo recuperacional não poderá conceder a recuperação ao agente econômico sem que a homologação do plano tenha atendido aos requisitos legais para a sua aprovação.

Em vista da função social da empresa perante àqueles cujos interesses circundam em torno do exercício da atividade econômica, a base principiológica do processo de recuperação de empresa é a sua preservação em sua tríplice composição. Por conseguinte, apesar do entendimento contrário à sua qualificação como princípio jurídico, diante de sua aplicação na jurisprudência, a preservação da empresa e de sua função social não constituem meros fins a serem alcançados com o processo de recuperação, mas princípios com força normativa voltados a tanto impedir obstáculos quanto a possibilitar instrumentos para o soerguimento de empresas viáveis.

Diante do texto normativo do art. 57 da Lei 11.101/05, a concessão da recuperação judicial ao empresário está condicionada à apresentação das certidões negativas de débitos tributários. Contudo, em virtude de não ter sido editada legislação que discipline o parcelamento tributário de empresários submetidos ao procedimento do processo de recuperação, enquanto não editada a referida legislação, com fundamento no princípio da preservação da empresa, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é

inexigível a certidão de regularidade fiscal para a concessão da recuperação judicial (BRASIL, 2015c).

Com efeito, apesar de o deferimento do pedido de recuperação judicial não suspender as execuções fiscais propostas contra o empresário submetido ao procedimento do referido pedido, a fim de garantir o princípio da preservação da empresa, os atos que importem em constrição do patrimônio do agente econômico devem ser analisados pelo juízo recuperacional.

AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL. 1. O juízo onde se processa a recuperação judicial é o competente para julgar as causas em que estejam envolvidos interesses e bens da empresa recuperanda. 2. O deferimento da recuperação judicial não suspende a execução fiscal, mas os atos de constrição ou de alienação devem-se submeter ao juízo universal. 3. A Lei n. 11.101/2005 visa à preservação da empresa, à função social e ao estímulo à atividade econômica, a teor de seu art. 47. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL, 2015d).

Assim, mesmo que o deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial não suspenda a execução fiscal nos termos do texto normativo do art. 6º, § 4º, da Lei 11.101/05, fundamentando a decisão judicial por meio da preservação e função social da empresa enquanto princípios jurídicos, para a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, os atos que importem constrição ou alienação do patrimônio do empresário devem ser submetidos ao juízo universal da recuperação judicial (BRASIL, 2010).

De acordo com o texto normativo do art. 49⁷⁰ da Lei 11.101/05, estão submetidos aos efeitos do pedido de recuperação judicial os créditos constituídos até a data da distribuição do referido pedido, ainda que não vencidos. Consequentemente, a teor do exposto no art. 49, § 3º da mesma legislação, os credores cujos créditos estejam garantidos com propriedade fiduciária não submetem aos efeitos deste processo de insolvência empresarial.

Nesse ínterim, apesar de o crédito garantido por propriedade fiduciária não se submeter aos efeitos do processo de recuperação, durante o prazo de *automatic stay*, na hipótese de o bem garantido por alienação fiduciária ser essencial ao exercício da atividade empresarial, é defeso ao credor realizar a venda ou a retirada de bens componentes do estabelecimento empresarial do empresário em crise econômica.

⁷⁰Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos” (BRASIL, 2005).

DIREITO EMPRESARIAL. NÃO SUBMISSÃO DE CRÉDITO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA AOS EFEITOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Não se submetem aos efeitos da recuperação judicial os créditos garantidos por alienação fiduciária de bem não essencial à atividade empresarial. O art. 49, caput, da Lei 11.101/2005 estabelece que estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. Por sua vez, o § 3º do mesmo artigo prevê hipóteses em que os créditos não se submeterão aos efeitos da recuperação judicial, entre eles, os créditos garantidos por alienação fiduciária. A jurisprudência do STJ, no entanto, tendo por base a limitação prevista na parte final do § 3º do art. 49 - que impede a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial - e inspirada no princípio da preservação da empresa, tem estabelecido hipóteses em que se abre exceção à regra da não submissão do crédito garantido por alienação fiduciária ao procedimento da recuperação judicial. De acordo com a linha seguida pelo STJ, a exceção somente é aplicada a casos que revelam peculiaridades que recomendem tratamento diferenciado visando à preservação da atividade empresarial, como, por exemplo, no caso em que o bem dado em alienação fiduciária componha o estoque da sociedade, ou no caso de o bem alienado ser o imóvel no qual se situa a sede da empresa. Em suma, justifica-se a exceção quando se verificar, pelos elementos constantes dos autos, que a retirada dos bens prejudique de alguma forma a atividade produtiva da sociedade. Caso contrário, isto é, inexistente qualquer peculiaridade que justifique excepcionar a regra legal do art. 49, § 3º, deve prevalecer a regra de não submissão, excluindo-se dos efeitos da recuperação judicial os créditos de titularidade da interessada que possuem garantia de alienação fiduciária (BRASIL, 2014).

Em observância ao princípio da preservação da empresa e sua função social, e reconhecendo-os como princípios jurídicos, de acordo com o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, enquanto perdurar o prazo do *automatic stay*, aplicando-se a ressalva final do texto normativo do §3º, art. 49, da Lei 11.101/2005, os bens de capital essenciais à atividade do empresário em recuperação devem permanecer em sua posse.

Dessa maneira, os credores (mesmos aqueles excetuados dos efeitos do procedimento de recuperação judicial) e demais interessados deverão observar-se os escopos da Lei 11.101/05, , ou seja, a preservação da empresa para que ela continue a exercer a sua função social, de tal maneira que, no período do *automatic stay*, eles não poderão vender ou retirar bens do estabelecimento empresarial do empresário em crise, bem como promover a cobrança de seus créditos, blindando-se, conseqüentemente, o patrimônio de empresário devedor para o soerguimento da empresa.

Em vista disso, no desenvolvimento da atividade empresarial, inferir-se-á um interesse social em torno dela, ou seja, na medida em que ao empresário é vedado exercer a sua empresa, infringindo as esferas jurídicas daqueles que são afetados com o exercício da atividade econômica, em observância ao texto normativo do art. 170 da Constituição Federal,

a função social da empresa na ordem econômica busca evitar que a empresa seja exercida exclusivamente para atender aos interesses de seu detentor, havendo, assim, o desenvolvimento da empresarial fundado na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, de modo a assegurar, conforme os ditames da justiça social, a todos existência digna.

Com isso, no processo de recuperação de empresa em crise, visa-se preservar a empresa exercida e resguardar o interesse social prejudicado com a crise empresarial, e por conseguinte, a partir dos princípios da preservação da empresa e da função social da empresa previstos no texto normativo do art. 47 da Lei 11.101/05, viabilizar a superação da referida crise para que, em consequência da continuidade do exercício da atividade empresarial, a função social do processo de recuperação busca preservar o interesse social perante os trabalhadores, fisco, fornecedores e consumidores, aos quais diretamente são ensejados reflexos advindos de uma crise empresarial e, indiretamente, à sociedade.

CAPÍTULO 3 –RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA NO MODELO DE DESENVOLVIMENTO DE AMARTYA SEN

3.1 Considerações gerais

Ao instituir a recuperação judicial da empresa na Lei 11.101/05, ao referido instituto jurídico foi implementado o ideal de preservação da empresa. Em virtude de a empresa exercida possuir reflexos não apenas perante o empresário, mas também em relação aos empregados, fornecedores, fisco e consumidores, o processo de recuperação busca implementar um ideal de preservação, ou seja, a preservação da empresa e de sua função social.

O pedido de recuperação judicial é um instrumento por meio do qual o empresário poderá superar a situação de crise empresarial no exercício da atividade econômica, a fim de propiciar a preservação da função social de sua empresa. Na fase postulatória do procedimento do pedido de recuperação judicial, houve criação da perícia prévia, com a qual há a análise da documentação contábil apresentada pelo empresário requerente do referido pedido, bem como a constatação do desenvolvimento da empresa explorada, antes do deferimento do processamento do pedido.

Diante disso, utilizando-se das construções teóricas desenvolvidas nos capítulos antecedentes, no presente capítulo, será realizada uma análise da função social da empresa e do instituto da recuperação da empresa em crise na perspectiva do pensamento de Amartya Sen em torno do modelo de desenvolvimento humano por ele proposto, e, diante da realização da perícia prévia, será apresentada uma hipótese de melhoria no processo de recuperação judicial.

3.2 Do procedimento de recuperação judicial da empresa em crise na Lei 11.101/05

A Lei 11.101/05 filia-se ao sistema concursal restrito, ou seja, apenas os empresários poderão requerer a recuperação (extra)judicial da empresa em crise⁷¹, de maneira que,

⁷¹Acerca dos agentes econômicos que não possuem legitimidade ativa para o pedido de recuperação (extra)judicial, Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 424) destaca que, “são, assim, legitimados para o pedido de recuperação judicial o empresário individual e as sociedades empresárias. As sociedades em comum, de economia mista, cooperativa ou simples não podem pleitear a recuperação judicial exatamente porque nunca podem ter a falência decretada. Nesse contexto, estão também excluídas do benefício por razões ligadas à regulação econômica, as instituições financeiras, integrantes do sistema de distribuição de títulos ou valores

segundo o texto normativo do art. 49 da Lei 11.101/05, estão sujeitos aos efeitos do pedido de recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos⁷².

Com efeito, de acordo com o texto normativo do art. 48 da Lei 11.101/05, poderá requerer o pedido de recuperação judicial o empresário que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de dois anos.

Nesse contexto, segundo destaca Ivo Waisberg (2016, p. 84-86), o referido enunciado normativo prevê dois requisitos, sejam eles, (i) exercício regular da atividade empresarial, e (ii) período superior a dois anos, de maneira que se terá, de um lado, uma exigência formal, e de outro lado, uma exigência temporal para o cumprimento de tais requisitos para o pedido de recuperação judicial, bem como, diante da facultatividade do registro do produtor rural na Junta Comercial, a sua atividade seja regular mesmo sem a inscrição no registro de empresas.

Assim sendo, em decorrência de o exercício regular da atividade empresarial pelo empresário não-rural depender de sua inscrição no registro de empresas, a regularidade de sua empresa dar-se-á com o respectivo registro, enquanto, por não precisar se inscrever no registro de empresas para o exercício regular de sua atividade econômica, a comprovação do biênomínimo estabelecido no texto normativo do art. 48 da Lei 11.101/05, pelo produtor rural, ocorrerá mediante a comprovação do desenvolvimento da atividade rural por mais de dois anos, e não a partir de sua inscrição no registro de empresas.

Em vista disso, de acordo com entendimento jurisprudencial no Tribunal de Justiça de São Paulo, no caso do produtor rural, a regularidade da atividade empresarial pelo biênomínimo deve ser aferida pela constatação do exercício da atividade econômica rural, e não a partir da prova da existência de registro do empresário.

mobiliários no mercado de capitais, corretoras de câmbio (Lei n. 6.024/74, art. 53), seguradoras (Dec.-lei n. 73/66, art. 26) e as operadoras de planos privados de assistência à saúde (Lei n. 9.656/98, art. 23)".

⁷² De acordo com o art. 49, da lei 11.101/05, estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, e por consequência disso, o crédito constituído após o pedido de recuperação judicial legítima requerimento de falência contra a recuperanda. No entanto, estão excluídos dos efeitos do processo de recuperação judicial, os seguintes créditos: (I) Obrigações a título gratuito; (II) Créditos Tributários (Ausência de lei específicas para o caso de RJ); (III) Despesas processuais de credores para tornarem-se sujeitos processuais no pedido de recuperação judicial, salvo as custas judiciais decorrentes de outras demandas; (IV) Créditos constituído após o pedido de recuperação judicial; (V) Créditos decorrentes de adiantamento a contrato de câmbio para exportação; (VI) Crédito do titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel, cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, bem como, contratos de venda com reserva de domínio. Contudo, de acordo com o Enunciado nº 51, da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, o saldo do crédito não coberto pelo valor do bem e/ou da garantia dos contratos previstos no § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005 é crédito quirografário, e por conseguinte, estando sujeito aos efeitos da recuperação judicial, ou seja, embora referidos créditos estejam excluídos, no caso de o valor arrecadado com a venda dos bens for insuficiente para saldar a dívida, o débito remanescente será considerado como crédito quirografário, fazendo parte do plano de recuperação judicial.

Recuperação judicial. Requerimento por produtores rurais em atividade por prazo superior àquele de 2 (dois) anos exigido pelo artigo 48, caput, da Lei nº 11.101/2005, integrantes de grupo econômico na condição de empresários individuais respaldados pelos artigos 966 e 971 do Código Civil e/ou de sócios das sociedades coautoras. Legitimidade reconhecida. Irrelevância da alegada proximidade entre as datas de ajuizamento do feito e das prévias inscrições dos produtores rurais como empresários individuais na Junta Comercial do Estado de São Paulo. Firme entendimento jurisprudencial no sentido de que a regularidade da atividade empresarial pelo biênio mínimo estabelecido no supramencionado dispositivo legal deve ser aferida pela constatação da manutenção e continuidade de seu exercício, e não a partir da prova da existência de registro do empresário ou ente empresarial por aquele lapso temporal. Manutenção do deferimento do processamento da demanda. Agravo de instrumento desprovido. (SÃO PAULO, 2014a) (grifo nosso).

Portanto, para os empresários produtores rurais que exercem atividade empresarial há mais de dois anos, em virtude da regularidade da atividade empresarial pelo biênio ser aferida pela constatação de seu regular exercício, e não pelo registro no registro de empresas, é possível o pedido de recuperação judicial mesmo que estejam registrados no registro de empresas há menos de dois anos (WAISBERG, 2016, p. 89-90).

Ao dispor no texto normativo do art. 1º sobre a recuperação judicial e falência do empresário, a Lei 11.101/05 tratou apenas do referido agente econômico considerando-o individualmente, ou seja, ao longo do referido texto normativo, a Lei 11.101/05 deixou de regular, especificamente, sobre pedidos de recuperação judicial e falência de grupos econômicos.

Apesar disso, mediante a aplicação de outros institutos jurídicos do processo de insolvência empresarial, a doutrina especializada e a jurisprudência buscaram sanar a omissão legislativa, de maneira que, nos termos do art. 189 da Lei 11.101/05, o Código de Processo Civil é aplicado subsidiariamente aos pedidos de recuperação judicial e falência, segundo salienta Joel Luiz Thomas Bastos, ao expressar:

Por literal disposição legal (LFR, art. 189) aplica-se aos processos de recuperação judicial, subsidiariamente, o Código de Processo Civil (CPC). E nem poderia ser diferente, na medida em que a lei especial não pode ter o condão de subverter a natureza dos institutos jurídicos. Ao contrário, como seu viú, o Direito Falimentar se relaciona com outros ramos do Direito, interagindo com eles e tomando emprestado ou utilizando os seus conceitos. Neste contexto, utilizando-se de conceitos de outros ramos do Direito, os tribunais têm admitindo o litisconsórcio ativo em ações de recuperação judicial no caso de grupos econômicos, para abranger diversas empresas que comungam de direitos e obrigações em um só procedimento, inclusive algumas situadas fora do território nacional (BASTOS, 2015, p. 212).

Desse modo, houve as construções teóricas das denominadas teorias da consolidação processual e consolidação substancial para os pedidos de recuperações judiciais e falência de grupos econômicos, propiciando, por conseguinte, ao sistema jurídico do direito da empresa em crise corresponder adequadamente às exigências e peculiaridades do desenvolvimento da atividade econômica empresarial, notadamente para o sucesso da reestruturação empresarial. Nesse ínterim, tratando sobre a concepção de consolidação processual, destaca Sheila Neder Cerezetti:

A consolidação processual caracteriza-se pela condução conjunta da recuperação judicial de devedoras que compõem um grupo societário. Ela não tem o condão de afetar os direitos e responsabilidades de credores e devedores, sendo apenas uma medida de conveniência administrativa e economia processual (CEREZETTI, 2015, p. 750-751).

Na medida em que a formação da consolidação processual se justifica para que haja uma maior chance de sucesso e redução de custos, há, tão somente, a formação do litisconsórcio ativo facultativo e simples. Isso significa que, em um único processo de insolvência empresarial, há um conjunto de múltiplos pedidos de recuperação judicial, e o resultado de um em nada interferirá no do outro pedido de recuperação judicial, ou seja, não obstante poderem ser apresentados em um mesmo documento, o quadro de credores e o respectivo plano de recuperação judicial serão independentes um do outro.

Por outro lado, a consolidação substancial “consiste na consolidação – total ou parcial – das dívidas concursais e ativos dos empresários, que passam a responder perante todo o conjunto de credores, desconsiderando-se o fato de que cada devedor teria gerado um específico passivo”. (CEREZETTI, 2015, p. 764)

Nesse diapasão, em virtude da presença de caixa comum e exercício de atividades sob a mesma unidade gerencial, laboral e/ou patrimonial, a consolidação substancial possui diversos fatos geradores, dentre os quais Sheila Neder Cerezetti e Francisco Satiro (2016, p. 219) destacam as seguintes circunstâncias: (i) a existência de garantias cruzadas em contratos empresariais, notadamente, perante as instituições financeiras; (ii) credores comuns; (iii) exercício da empresa sob a mesmo ponto comercial; (iv) vínculos entre as atividades, (v) identidade total ou parcial de sócios e administradores; e/ou (vi) comunhão entre ativo e passivo dos empresários.

Assim, na consolidação substancial, todos os empresários que compõem o grupo econômico respondem pelas dívidas de um dos outros, isto é, será desconsiderada a dívida

individual de cada empresário que o constituiu, resultando em uma aglomeração de ativos dos empresários que fazem parte do referido grupo, para adimplir as dívidas de todos, implicando, por consequência disso, na formação do litisconsórcio ativo unitário e na apresentação de uma única proposta de pagamento de todos os credores⁷³.

Em virtude da crise empresarial refletida na atividade econômica exercida, dentre os instrumentos jurídicos previstos na mesma legislação, enquanto mecanismo para a superação do estado crítico da referida crise, o empresário poderá valer-se do instituto da recuperação judicial, cujo procedimento pode ser dividido em três fases.

O processo da recuperação judicial se divide em três fases bem distintas. Na primeira, que se pode chamar de *fase postulatória*, a sociedade empresária em crise apresenta seu requerimento do benefício. Ela começa com a petição inicial de recuperação judicial e se encerra com o despacho judicial mandando processar o pedido (subitem 3.1). Na segunda fase, a que se pode referir como *deliberativa*, após a verificação de crédito (subitem 3.2), discute-se e aprova-se um plano de reorganização (subitem 3.3). Tem início com o despacho que manda processar a recuperação judicial e se conclui com a decisão concessiva do benefício (subitem 3.4). A derradeira etapa do processo, chamada de *fase de execução*, compreende a fiscalização do cumprimento do plano aprovado. Começa com a decisão concessiva da recuperação judicial e termina com a sentença de encerramento do processo (subitem 3.5). (COELHO, 2013, p. 422-423) (grifo do autor)

A denominada de fase postulatória do referido processo de insolvência empresarial inicia-se a partir da distribuição do pedido de recuperação judicial, ao passo que ela se encerra com a decisão judicial que defere o processamento do pedido. Consequentemente, contrário do que ocorre no sistema norte-americano, no qual com a distribuição do pedido de recuperação ocorre a eficácia do *automatic stay*, no Brasil isso somente ocorrerá após o pronunciamento judicial que defere o processamento do pedido de recuperação judicial.

Dessa maneira, em decorrência da decisão judicial que refere o processamento do pedido de recuperação judicial, durante o período de 180 dias corridos, prorrogáveis, e com algumas exceções à sua eficácia perante determinadas demandas judiciais⁷⁴, há a suspensão

⁷³ Diante da existência de consolidação processual, é possível que o plano seja apresentado em um único documento, ou seja, em um plano único de recuperação judicial, no entanto, mesmo que o plano seja único, deverá ocorrer uma assembleia para cada empresário em recuperação, e por conseguinte, a votação do plano deve ser separada, ao passo que, na consolidação substancial, implicar-se-á na apresentação de um plano de recuperação judicial unitário e único, isto é, em um único documento no qual estará consolidada as estratégias de recuperação para todos empresários que compõem o grupo empresarial, inclusive, tratando indistintamente, a forma de pagamento conjunta dos credores, sendo que, a votação do referido plano será feita em uma única assembleia de credores.

⁷⁴ A suspensão das execuções previstas no art. 6º da Lei n. 11.101/2005 não se estende aos coobrigados, ao passo que, embora o deferimento do processamento da recuperação judicial não suspende a execução fiscal; contudo,

das ações de execução promovidas pelos credores, de tal modo que eles não poderão promover a cobrança de seus créditos (CAMPANA FILHO, 2013, p. 79-80).

Além disso, a decisão que defere o processamento do pedido de recuperação judicial não se confunde com o pronunciamento judicial que concede a recuperação judicial ao empresário devedor, de maneira que são decisões judiciais proferidas pelo juízo recuperacional em fases distintas do procedimento da referida demanda, segundo destaca Adriano de Oliveira Martins, ao expressar:

[...], com o despacho de processamento do pedido da recuperação judicial, ainda não se tem a reorganização da empresa propriamente dita, mas apenas o início do procedimento recuperatório, uma vez que o plano de recuperação da empresa em estado de pré-falência até então não foi apresentado, ação que somente se dará ao fim da fase deliberativa, com a homologação (MARTINS, 2016, p. 141).

Nesse sentido, após à distribuição do pedido de recuperação judicial pelo empresário em crise empresarial, o juízo competente para o processamento e julgamento de tal processo proferirá uma decisão judicial que analisará os requisitos formais⁷⁵ exigidos pela Lei 11.101/05⁷⁶. Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 434), pela legitimidade ativa e os documentos exigidos pela referida legislação, e diante desse pronunciamento pelo juízo recuperacional, haverá o encerramento da fase postulatória do pedido de recuperação judicial.

Contudo, após à homologação do plano de recuperação judicial, seja em decorrência da ausência de objeção a ele, ou então, em virtude de sua aprovação na assembleia geral de

os atos que importem constrição ou alienação do patrimônio da recuperanda devem ser submetidos ao juízo universal.

⁷⁵ De acordo com o art. 48, da lei 11.101/05, poderá requerer recuperação judicial o empresário que, no momento do pedido, exerça regularmente sua atividade empresarial há mais de 02 (dois) anos, ou seja, o referido enunciado normativo prevê dois requisitos, isto é, (i) exercício regular da atividade empresarial e, (ii) há mais de dois anos. Além disso, para o requerimento do pedido de recuperação judicial, o empresário ainda deverá cumprir 03 requisitos cumulativos: (i) O empresário não pode ser declarado falido, ou seja, apenas pode requerer o pedido de recuperação judicial quem esteve em crise empresarial; (ii) O empresário não pode ter obtido concessão de recuperação judicial, há menos de 05 (cinco) anos e; (iii) O Empresário não pode ter sido condenado e, tampouco, ter na condição de administrador, pessoa condenada pela prática de crime falimentar.

⁷⁶ Na distribuição do pedido de recuperação judicial, além de ser exposto na petição inicial as causas concretas da situação patrimonial do empresário devedor e das razões da crise empresarial, segundo o art. 51, da Lei 11.101/05 a referida petição deverá estar instruída com: I – Demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) anos e balanço patrimonial, demonstração de resultados acumulados, demonstração do resultado desde o último exercício social, relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção; II – relação nominal completa dos credores, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito; III – Relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito e a discriminação dos valores pendentes de pagamento; IV – Comprovação da Regularidade na condição Empresário; V – Relação dos bens particulares dos sócios/acionistas administradores; VI – Extratos atualizados das contas bancárias do empresário e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade; VII – Certidões dos cartórios de protestos situados na sede do empresário e; VIII – a relação, subscrita pelo empresário, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, com a estimativa dos respectivos valores demandados.

credores, o juízo recuperacional proferirá decisão judicial com a qual concederá a recuperação judicial ao empresário devedor, ou seja, mediante esse pronunciamento, o referido agente econômico passará a estar em recuperação judicial, iniciando-se, portanto, a terceira fase do procedimento da demanda judicial (BEZERRA FILHO, 2013, p. 174).

Isso significa dizer que, enquanto o acolhimento do pedido de tramitação se materializa na decisão que defere o processamento do pedido de recuperação judicial, encerrando a fase postulatória e iniciando a fase deliberativa do procedimento do pedido de recuperação judicial, a concessão do benefício jurídico ao empresário devedor estará consubstanciada na decisão concessiva da recuperação judicial.

Com efeito, para a determinação do juízo competente para processar e julgar tal processo de insolvência empresarial, de acordo com texto normativo do art. 3º da Lei 11.101/05, é competente para a propositura do pedido de recuperação judicial o juízo do local do principal estabelecimento do empresário devedor.

[...] a competência para a apreciação do pedido de recuperação judicial, homologando o plano de recuperação extrajudicial e decretando a falência, é da Justiça Ordinária dos Estados em que estiver localizado o principal estabelecimento do devedor. (Mas, afinal, o que se entende por *principal estabelecimento do devedor* quando a empresa possui diversas filiais?)

Pois bem, quando a empresa devedora possui apenas um estabelecimento, a questão do termo técnico-jurídico *principal estabelecimento do devedor* não traz qualquer discussão, haja vista que o juízo competente será o local em que ela estiver sediada.

No entanto, quando ela possui diversos estabelecimentos empresariais, situados por localidades, sendo diferentes os juízos, resta saber qual será o juízo competente para a aplicação da Legislação Falimentar.

Nesse contexto, a expressão *principal estabelecimento* não deve ser compreendida do ponto de vista econômico, ou seja, o estabelecimento que mais proporciona lucros aos titulares; antes, será aquele que consta como o local de comando da empresa devedora, ou seja, o juízo competente é aquele onde está a sede da administração da empresa, visto que lá é o local desde onde o devedor dirige, administra e gerencia os seus negócios. (MARTINS, 2016, p. 91-92)(grifo do autor)

Na determinação do principal estabelecimento do empresário em crise empresarial, não se deverá considerar a dimensão física dos seus diversos estabelecimentos empresariais, mas será considerado o principal estabelecimento aquele em que se encontra a chefia da empresa, isto é, o lugar onde, efetivamente, atua o empresário no governo ou comando de seus negócios (REQUIÃO, 2009, p. 297).

Assim sendo, a expressão principal estabelecimento não deve ser compreendida do ponto de vista econômico, ou seja, o estabelecimento que mais proporciona lucros aos

titulares, mas aquele que consta como o local de comando do empresário devedor, isto é, o juízo competente é aquele onde está a sede da administração da empresa, onde o devedor empresário promove a administração e gerencia o desenvolvimento de sua atividade econômica⁷⁷.

Na primeira fase do referido procedimento, juízos vinculados ao Tribunal de Justiça de São Paulo têm proferido pronunciamentos judiciais com os quais determinam a realização de perícia prévia à prolação da decisão judicial que venha a (in)deferir o processamento do pedido de recuperação judicial.

Nesse sentido, embora a Lei 11.101/05 não preveja a realização da referida perícia, nela será verificada se a documentação contábil apresentada pelo empresário requerente do pedido de recuperação judicial está em consonância com o exigido pelo texto normativo do art. 51, II, da Lei 11.101/05, bem como o juízo recuperacional analisará a inviabilidade da atividade empresarial para o pedido de recuperação judicial.

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Pedido de processamento. Determinação de realização de perícia prévia, para auxiliar o juízo na apreciação da documentação contábil (art. 51 II LRF) e constatar a real situação de funcionamento da empresa. Possibilidade. Decisão mantida. Assistência técnica de perito permitida pela lei. Juiz que não dispõe de conhecimentos técnicos suficientes para apreciar a regularidade da documentação contábil apresentada. Art. 189 LRF c/c art. 145 CPC. Com relação à constatação da real situação de funcionamento das empresas, não pode o julgador mostrar-se indiferente diante de um caso concreto, em que haja elementos robustos a apontar a inviabilidade da recuperação ou mesmo a utilização indevida e abusiva da benesse legal. O princípio da preservação da empresa não deve ser tratado como valor absoluto, mas sim aplicado com bom senso e razoabilidade, modulado conforme a intenção do legislador e espírito da lei. Ativismo. Precedentes. Decisão de deferimento do processamento que irradia importantes efeitos na esfera jurídica de terceiros. Decisão integralmente mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. Recuso desprovido. (SÃO PAULO, 2014b).

Estando em termos a legitimidade ativa, bem como os documentos exigidos para instruir a petição inicial do pedido de recuperação judicial, nos termos do art. 52 da Lei 11.101/05⁷⁸, o juízo recuperacional deferirá o processamento do pedido, findando-se, assim, a

⁷⁷ Nesse contexto, segundo o texto normativo do Enunciado 466, da V Jornada de Direito Civil, “para fins do Direito Falimentar, o local do principal estabelecimento é aquele de onde partem as decisões empresariais, e não necessariamente a sede indicada no registro público” (MORAES, 2012).

⁷⁸ Contra a decisão que deferir o processamento a recuperação judicial, nos termos do artigo 59, §2º, da Lei 11.101/05, caberá a interposição do agravo de instrumento, ao passo que, da decisão que indefere o pedido de recuperação judicial, poderá haver duas hipóteses cujos meios recursais serão diferentes, a saber: (a) recurso de apelação se for um único requerente, ou, no caso de litisconsórcio ativo, o pedido foi indeferido para todos os

primeira fase do procedimento do processo de insolvência empresarial, com o conseqüente início de sua segunda fase, isto é, a fase deliberativa.

O juiz, verificando que a petição inicial na qual se requiere a recuperação judicial está devidamente instruída, deferirá a pretensão aduzida e, por meio do despacho de processamento do pedido, será posto fim à Fase Postulatória e, concomitantemente, será, com o mesmo ato-jurídico processual, dado início à Fase Deliberativa, que deliberará, por meio da Assembleia de Credores, a aprovação (ou não) do plano de reorganização da empresa devedora.

No entanto, para que seja realizada a votação para deliberar sobre a aprovação (ou não) do plano de recuperação da empresa, é imprescindível proceder à verificação dos créditos, cuja finalidade, diferentemente do processo de falência que visa a verificar os débitos a serem satisfeitos da execução concursal, é legitimar os credores para participarem da referida Assembleia de Credores (MARTINS, 2016, p. 153).

Na segunda fase do procedimento do pedido de recuperação judicial, a partir da publicação da relação de credores prevista no art. 7, § 1º, da Lei 11.101/05, isto é, a relação de credores elaborada pelo empresário devedor para a propositura da referida demanda, os credores poderão apresentar perante o administrador judicial, no prazo de 15 dias úteis, pedido de habilitação e/ou divergência de créditos⁷⁹ devidos pelo empresário em crise empresarial e que se submetem aos efeitos de tal processo de insolvência empresarial para que haja a consolidação das dívidas, bem como a aferição dos credores cujos créditos são submetidos aos efeitos do procedimento do pedido de recuperação judicial para participação na assembleia geral de credores (FERNANDES, 2015, p. 130).

Subsequentemente à publicação do pronunciamento judicial que deferiu o processamento do pedido de recuperação judicial, o empresário devedor terá o prazo de 60 dias corridos⁸⁰ para a apresentação de seu plano de recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, segundo destaca Manoel Justino Bezerra Filho, ao expressar:

A partir da publicação da decisão, e não a partir da publicação do edital (§1.º do art. 52), começa a correr o prazo de 60 dias, previsto no artigo sob exame, para que o devedor apresente em juízo o plano de recuperação judicial. A

litisconsortes, enquanto que, (b) no caso de litisconsórcio ativo e o pedido foi indeferido para parte dos litisconsortes, o recurso cabível será o recurso de agravo de instrumento.

⁷⁹Os créditos a serem habilitados, ou então, divergidos, nos termos do art. 9º, II, da Lei nº 11.101/05, devem ser atualizados até à data do pedido de recuperação judicial, isto é, a data da distribuição do pedido de recuperação judicial (BRASIL, 2005).

⁸⁰No julgamento do Recurso Especial 1.699.528, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a contagem dos prazos de suspensão das execuções e para apresentação do plano de recuperação judicial deve ser feita em dias corridos e ininterruptos.

Lei estabelece que esse prazo é improrrogável, peremptório, portanto, e não dilatatório (arts. 181 e 182 do CPC).

Se o plano de recuperação não for apresentado nesse prazo, os autos irão conclusos ao juiz para a decretação da falência. Sem embargo do princípio da celeridade buscado pela Lei, quem atua no dia a dia das falências sabe que esse prazo é extremamente exíguo, tendo em vista que o plano a ser apresentado configurará praticamente uma reestruturação da vida econômico-financeira da empresa. De qualquer forma, neste caso, a Lei é expressa no sentido de ser decretada a falência (BEZERRA FILHO, 2013, p. 165).

Desse modo, o plano de recuperação judicial é o instrumento no qual o empresário em crise empresarial apresentará aos seus credores como pretende solucionar a crise de sua empresa, bem como as maneiras pelas quais promoverá o adimplemento dos débitos submetidos ao pedido de recuperação judicial⁸¹. Segundo Adriano de Oliveira Martins (2016, p.155-156), caso algum credor apresente objeção ao plano de recuperação judicial, o juízo recuperacional convocará a assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano recuperatório.

Nesse contexto, na assembleia geral de credores, poderá ocorrer a aprovação do plano de recuperação na forma em que foi apresentado em juízo; a aprovação do plano sob a condição de sofrer adequação ou alteração, desde que não implique a redução de direitos dos credores que não estavam presentes no encontro de credores; ou então a rejeição do plano de recuperação judicial com a conseqüente convalidação em falência do empresário devedor (COELHO, 2013, p. 440).

Contudo, caso o plano de recuperação judicial não seja aprovado de acordo com o quórum de deliberação estabelecido no texto normativo do art. 45⁸² da Lei 11.101/05, o plano de recuperação judicial poderá ser aprovado mediante a aceitação da maioria substancial dos credores submetidos aos efeitos do pedido de recuperação judicial.

⁸¹ Na elaboração do plano de recuperação da empresa, a Lei nº 11.101/05 se preocupou em estabelecer 02 limitações referentes a créditos trabalhistas, isto é, (i) o plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a 01 ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial e, (ii) o plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a 30 dias para o pagamento, até o limite de 05 salários mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza salarial vencidos nos 03 meses anteriores ao pedido de recuperação judicial (BRASIL, 2005).

⁸² De acordo com o texto normativo do art. 45, da Lei 11.101/05, para a aprovação do plano de recuperação judicial em assembleia geral de credores, ele deverá obter a aprovação da maioria dos presentes na assembleia geral de credores para credores titulares de créditos trabalhistas e aqueles credores créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte, enquanto, na classes de credores com créditos com garantia real e quirografários, mediante a aprovação da maioria dos presentes na assembleia geral de credores e maioria de credores representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia (BRASIL, 2005).

Cuida a lei também da hipótese em que um plano de recuperação é aprovado com substancial apoio entre os credores, mas sem alcançar o quórum qualificado de deliberação. Trata-se do plano que recebeu cumulativamente na Assembleia: a) o voto favorável de mais da metade do total dos créditos presentes, independentemente das classes de seus titulares; b) a aprovação pela maioria das classes (ou, se apenas duas votam, por uma delas); e; c) aprovação de mais de 1/3 dos votos no âmbito da instância classista que o rejeitara. Nesse caso, se o plano não *contiver tratamento diferenciado dos credores da classe em que foi rejeitado*, ele pode ser adotado, mesmo não se verificando o quórum qualificado para sua aprovação. (COELHO, 2013, p. 440) (grifo do autor)

Assim, o plano de recuperação judicial será aprovado por meio da aplicação do instituto denominado *cramdown*, isto é, a possibilidade de aprovação do plano de recuperação judicial com uma quantidade de votos favoráveis que se aproxime do quórum exigido pelo texto normativo do art. 45 da Lei 11.101/05 (MARTINS, 2016, p. 156).

No entanto, no julgamento do Recurso Especial 1.337.989, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser possível a aplicação do *cramdown* mesmo sem todos requisitos legais previstos no texto normativo do art. 58, § 1º, da Lei 11.101/05, de maneira que, no caso concreto que ensejou o referido julgado, dos três credores com garantia real, apenas um deles tenha aprovado o plano de recuperação, cujo valor representava mais de 97% do total de créditos da classe, ou seja, não sendo obtida a maioria quantitativa, pois ele foi aprovado por dois dos três credores quirografários presentes e pela totalidade dos credores trabalhistas que participaram da assembleia, cumprindo os demais requisitos para o *cramdown*.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PLANO. APROVAÇÃO JUDICIAL. CRAM DOWN. REQUISITOS DO ART. 58, § 1º, DA LEI 11.101/2005. EXCEPCIONAL MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. 1. A Lei nº 11.101/2005, com o intuito de evitar o "abuso da minoria" ou de "posições individualistas" sobre o interesse da sociedade na superação do regime de crise empresarial, previu, no § 1º do artigo 58, mecanismo que autoriza ao magistrado a concessão da recuperação judicial, mesmo que contra decisão assemblear. 2. A aprovação do plano pelo juízo não pode estabelecer tratamento diferenciado entre os credores da classe que o rejeitou, devendo manter tratamento uniforme nesta relação horizontal, conforme exigência expressa do § 2º do art. 58. 3. O microssistema recuperacional concebe a imposição da aprovação judicial do plano de recuperação, desde que presentes, de forma cumulativa, os requisitos da norma, sendo que, em relação ao inciso III, por se tratar da classe com garantia real, exige a lei dupla contagem para o atingimento do quórum de 1/3 - por crédito e por cabeça -, na dicção do art. 41 c/c 45 da LREF. 4. No caso, foram preenchidos os requisitos dos incisos I e II do art. 58 e, no tocante ao inciso III, o plano obteve aprovação qualitativa em relação aos credores com garantia real, haja vista que recepcionado por mais da metade dos valores dos créditos pertencentes aos credores presentes, pois "presentes

3 credores dessa classe o plano foi recepcionado por um deles, cujo crédito perfaz a quantia de R\$ 3.324.312,50, representando 97,46376% do total dos créditos da classe, considerando os credores presentes" (fl. 130). Contudo, não alcançou a maioria quantitativa, já que recebeu a aprovação por cabeça de apenas um credor, apesar de quase ter atingido o quórum qualificado (obteve voto de 1/3 dos presentes, sendo que a lei exige "mais" de 1/3). Ademais, a recuperação judicial foi aprovada em 15/05/2009, estando o processo em pleno andamento. 5. Assim, visando evitar eventual abuso do direito de voto, justamente no momento de superação de crise, é que deve agir o magistrado com sensibilidade na verificação dos requisitos do *cramdown*, preferindo um exame pautado pelo princípio da preservação da empresa, optando, muitas vezes, pela sua flexibilização, especialmente quando somente um credor domina a deliberação de forma absoluta, sobrepondo-se àquilo que parece ser o interesse da comunhão de credores. 6. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2018b)(grifo do autor)

Desse modo, excepcionalmente para a observância da preservação da função social da empresa, o julgado do Superior Tribunal de Justiça ensejou a possibilidade de o plano de recuperação judicial ser considerado aprovado judicialmente, mesmo sem a existência de todos os requisitos do *cramdown*, de maneira a mitigar as formalidades legais para a sua aplicação. Entretanto, tal possibilidade de aplicação do *cramdown* deverá ser aplicada de acordo com cada caso concreto, ou seja, a aprovação pelo juízo recuperacional do plano de recuperação judicial não deverá ser a qualquer custo, e, por conseguinte, o instituto da recuperação judicial da empresa em crise não se tornará um fim em si mesmo.

Em virtude da aprovação do plano de recuperação judicial, nos termos do texto normativo do art. 57 da Lei 11.101/05, o juízo recuperacional deverá homologar o referido plano, e por sua vez, conceder a recuperação judicial ao empresário em crise. Para tanto, essa concessão está condicionada à apresentação de prova de quitação de todos os tributos, isto é, a apresentação de certidão negativa de débitos tributários.

No entanto, diante da inexistência de edição de legislação específica que discipline o parcelamento tributário para empresários em recuperação judicial, de acordo com o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e o texto normativo do enunciado 55, da I Jornada de Direito Comercial, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, o parcelamento do crédito tributário na recuperação judicial é um direito do contribuinte, sendo inexigível a certidão de regularidade fiscal para o deferimento da recuperação judicial (BRASIL, 2018b) (MARTINS, 2016, p. 157).

Portanto, enquanto não editada a legislação regulamentando o parcelamento de crédito tributário de empresário submetido ao processo de recuperação judicial, mediante

prolação de decisão judicial⁸³, o juízo recuperacional deverá conceder o benefício da recuperação judicial ao referido agente econômico.

Em consequência do pronunciamento judicial que concede a recuperação judicial ao empresário em crise empresarial, haverá o encerramento da fase deliberativa do procedimento do pedido de recuperação judicial, iniciando-se, assim, a fase de execução do referido procedimento. Fábio Ulhoa Coelho expressa a respeito:

Concedida a recuperação judicial — seja pela homologação em juízo do plano aprovado com apoio do quórum qualificado de deliberação em Assembleia, seja pela aprovação pelo juiz do apoiado por parcela substancial dos credores —, encerra-se a fase de deliberação e tem início a de execução (COELHO, 2013, p. 441).

Nesse sentido, na última etapa do procedimento, o seu início ocorre com a decisão judicial que concede a recuperação judicial ao empresário, de maneira que, na fase de execução, serão executadas pelo agente econômico as diretrizes do plano de recuperação judicial, cujo término dará com a prolação de sentença judicial com a qual encerrará o processo de insolvência empresarial, após o prazo de dois anos, contados a partir da concessão da recuperação judicial (MARTINS, 2013, p. 159-160).

Ademais, a decisão concessiva da recuperação judicial torna-se título executivo judicial. Segundo Manoel Justino Bezerra Filho (2013, p. 176-178), se o empresário vier a descumprir qualquer obrigação prevista no plano durante o prazo de dois anos⁸⁴ da concessão do benefício, haverá a convalidação da recuperação judicial em falência, e caso o inadimplemento suceda após os dois anos da decisão judicial que a concedeu, o credor poderá executá-lo.

Dessa maneira, com a prolação da decisão judicial concede o benefício da recuperação judicial, o empresário ficará sob fiscalização judicial pelo prazo de dois anos. Findo esse prazo, sem qualquer descumprimento das obrigações impostas pelo plano de recuperação judicial, deverá o juízo recuperacional encerrar o processo de recuperação judicial.

⁸³ A decisão que concede a recuperação judicial, nos termos art. 59, § 2º, da Lei 11.101/05, desafia agravo de instrumento (BRASIL, 2005).

⁸⁴ Durante a fase de execução do plano de recuperação judicial, nos termos do art. 69, da Lei 11.101/05, todos os documentos emitidos pelo empresário submetido ao procedimento do pedido de recuperação judicial deverão ter acrescida a expressão “*em recuperação judicial*” após o nome empresarial, de forma que, todos aqueles que, porventura, venham a realizar algum tipo de negócio jurídico com a recuperanda, tomem conhecimento que ela está sob à égide de tal procedimento (BRASIL, 2005).

3.3 Função social da empresa no modelo de desenvolvimento de Amartya Sen

No intuito de superar aqueles modelos de desenvolvimento humano que estejam voltados ao crescimento econômico, Amartya Sen propõe um modelo no qual se objetiva o desenvolvimento da qualidade de vida da pessoa humana, ou seja, a expansão das liberdades humanas para a consecução de um desenvolvimento humano, tornando o desenvolvimento econômico um dos mecanismos para o processo de desenvolvimento.

Nesse sentido, a assimetria entre as potencialidades do planeta e a vida cotidiana das pessoas destaca-se em decorrência da existência das desigualdades social e de distribuição de renda, de tal modo que uma pequena parcela da população acumula o capital, e mesmo em um período de desenvolvimentos tecnológicos, ainda é demasiado os índices de pobreza, fome e sede (SEN, 2010, p. 09-10).

Os avanços tecnológicos registrados pelo planeta são extraordinários e vertiginosos. Os dados referentes à vida das pessoas, porém, são preocupantes e só fazem piorar diante do impacto da atual crise internacional, a maior desde a grande depressão de 1930. O planeta poderia produzir alimento suficiente para uma população bem maior do que a atual, e, no entanto, 1 bilhão de pessoas passam fome no mundo. As reservas de água existentes poderiam permitir o fornecimento de água potável para toda a população e, no entanto, 1,2 bilhão de pessoas não têm acesso a água tratada. A água é algo decisivo para a vida. Como afirma, acertadamente, o Corão: “a partir da água, outorgamos vida a todas as coisas”. Anualmente, a sua falta provoca a morte de 1,8 milhão de pessoas. Quatro mil e novecentas crianças falecem a cada ano por não contar com água potável. Possuir um vaso sanitário e um sistema de saneamento é fundamental para a existência. Dois bilhões e seiscentos milhões de pessoas carecem disso, o que implica, para elas, uma vida miserável que afeta sua saúde gravemente. O déficit de água e de saneamento poderia ser reduzido pela metade com uma quantia equivalente a apenas cinco dias do orçamento militar somado do planeta (SEN, 2010, p. 7-8).

Assim, no intuito de superar essas deficiências, que vão de encontro com uma efetiva organização social que não beneficia apenas os proprietários dos meios de produção, ou seja, aquela parte da população mundial que detém o capital global, para o modelo de desenvolvimento humano de Amartya Sen, a pessoa humana está no centro do processo de desenvolvimento, isto é, as pessoas em primeiro lugar, para que elas não tenham limitadas as suas liberdades, possibilitando, por sua vez, que desenvolvam suas capacidades para serem pessoas volitivas, sociais e desimpedidas para que possam fazer ou ser o que desejam em suas vidas.

Estruturada a partir do texto normativo do art. 170 da Constituição Federal, a concepção de função social da empresa na ordem econômica visa superar a atividade econômica desenvolvida enquanto um instrumento de pujança para a comunidade capitalista, evitando que ela torne um fim em si mesma para o desenvolvimento humano, e para que ela não seja elevada no ordenamento jurídico brasileiro a uma condição de soberana, promovendo restrições na esfera jurídica da coletividade em detrimento da geração de riqueza (PASUKANIS, 1989).

Com isso, a empresa não se limitará a um mero instrumento de produção ou circulação de bens ou de serviços para a geração de lucros dos detentores dos meios de produção. A empresa pode ser uma fonte produtora de mais-valia para que, em uma perspectiva utilitarista, promova a maximização da felicidade dos empresários, mas a sua destinação deve ser compatibilizada com os interesses da coletividade, de modo que ela não se limite exclusivamente ao interesse individual do agente econômico que a explora.

A empresa, no mundo atual, tem extrema importância, gerando reflexos imediatos na coletividade. Ela concentra a prestação de serviços, fornecimento de bens, geração de empregos, coleta dinheiro para o Estado – por meio da arrecadação fiscal – bem como contribui para a constante e crescente interligação da economia de mercado (PEREIRA, 2010, p. 66).

Em vista disso, à medida que a função social da empresa na ordem econômica não se limita a beneficiar os interesses dos empresários para auferir lucros, mas a regular o exercício das atividades de produção ou circulação de bens ou de serviços para haja a harmonização dos interesses do empresário com os interesses da sociedade, na perspectiva do modelo de desenvolvimento humano por Amartya Sen, ela é um instrumento para o desenvolvimento das liberdades humanas.

No mesmo contexto do modelo de desenvolvimento de Amartya Sen, a ordem econômica prevista na Constituição Federal visa assegurar a todos a existência digna. Instrumentalizada no âmbito do exercício da atividade empresarial, ou seja, na noção de função social da empresa, há a superação do prevaletido pensamento convencional de um desenvolvimento humano enquanto crescimento econômico (SEN, 2010, p. 10).

A partir disso, no modelo de desenvolvimento humano de Jagdish Bhagwati, o referido modelo possui sinónimo com crescimento econômico, uma vez que deve ser promovida a globalização econômica com a consequente existência de um livre-mercado, ou seja, em tal modelo, o crescimento econômico é um fim para o desenvolvimento humano.

Nesse sentido, contrapondo-se ao modelo proposto por Jagdish Bhagwati, para Amartya Sen, um modelo de desenvolvimento humano que corresponda às exigências do viver em sociedade deve colocar a pessoa no centro de seu processo, tornando-a um fim para o desenvolvimento, e por sua vez, colocando a pessoa em primeiro em lugar.

Desse modo, a função social da empresa na ordem econômica evita que o empresário explore uma atividade econômica de maneira discricionária, isto é, tornando-a um fim em si mesma para o desenvolvimento do país. No Brasil, a referida função social possui aplicabilidade no modelo de desenvolvimento humano proposto por Amartya Sen, evitando com que empresário exerça a sua empresa sem observar a ordem econômica prevista na Constituição Federal, não a tornando assim, um sinônimo de desenvolvimento humano.

Portanto, a referida função social da empresa tem como objetivo não apenas promover o crescimento econômico em decorrência do exercício da empresa, mas, ao mesmo tempo, promover a melhoria na qualidade de vida das pessoas para que, em decorrência da promoção das liberdades substantivas, as pessoas tenham capacidades para escolher e levar um modo de vida que desejam, tornando-se pessoas volitivas, sociais e desimpedidas de autodeterminar-se. Assim sendo, permite-se determinar no ordenamento jurídico brasileiro uma nova configuração para o desenvolvimento da atividade econômica no Brasil.

Com isso, no processo de recuperação de empresa em crise, a função social da empresa prevista no texto normativo do art. 47 da Lei 11.101/05 visa resguardar o interesse social advindo do exercício da atividade empresarial perante os trabalhadores, fornecedores, fisco e consumidores, cujos interesses estão diretamente ligados ao desenvolvimento da empresa. Diante de uma crise empresarial, o aspecto funcional da empresa provoca reflexos negativos em suas esferas jurídicas.

Diante da concepção tradicional de modelo de desenvolvimento humano no qual o crescimento econômico é o principal instrumento para o referido desenvolvimento, Amartya Sen salienta que a instituição de um livre mercado não é um único mecanismo para a melhoria da qualidade de vida da população de um determinado país, uma vez que, à medida que haja a concentração dos bens de produção com os agentes econômicos, o livre mercado carece de estrutura para alcançar a redução das desigualdades social e econômico. Claudia Liliana Bedoya Abellaressalva:

Sen reprueba la presunción de los economistas tradiciones de que el mecanismo de mercado es todo lo que se necesita para alcanzar el bien común. Por razones distributivas, la sociedad requiere de más estructura que la que daría la sola existencia del mercado, introduciendo un problema para

juzgar los estados sociales, como hacer juicios sobre el bien común (ABELLA, 2010, p. 283)⁸⁵.

A manifestação da função social da empresa no processo de recuperação não estará voltada para que haja o aprimoramento a qualquer custo da atividade econômica explorada pelo empresário, mas a tornará um dos instrumentos do processo de desenvolvimento humano. Consequentemente, sob à ótica do desenvolvimento como liberdade, será um mecanismo que amplia as liberdades substantivas das pessoas cujos interesses são afetados com a crise empresarial. Isso significa que, ao contrário do que sucede no modelo proposto por Jagdish Bhagwati, o modelo de desenvolvimento humano de Amartya Sen não é voltado tão somente ao agente econômico, mas para os seres humanos.

Em virtude de obstáculos no asseguramento dos direitos fundamentais em países de modernidade tardia, isto é, países subdesenvolvidos, a partir da confrontação de acontecimentos históricos na construção do direito à cidadania⁸⁶ no mundo e no Brasil, Fernando de Brito Alves apresenta uma construção teórica na qual é analisada a aplicabilidade dos direitos fundamentais no Brasil. Nesse sentido, haja vista a problemática da desigualdade social, o autor destaca que no Brasil existem duas espécies de cidadania, uma denominada cidadania maior, e outra chamada cidadania menor.

No Brasil têm-se uma espécie de cidadania maior da qual participam apenas as elites econômicas e políticas, legatárias em sua maioria dos grandes oligarcas, que remontam a um passado imemorial. E uma cidadania menor, na verdade é a privação da cidadania, da qual participa quase toda população [...] (ALVES, 2008, p. 281).

Dessa maneira, a cidadania maior é composta pelas pessoas que compõem a elite brasileira, ao passo que da cidadania menor participa quase toda a população do Brasil, especialmente a maioria dos pobres.

A partir disso, a concepção de função social da empresa no ordenamento jurídico brasileiro é estruturada por regras e princípios que positivam a ordem econômica no texto normativo do art. 170 da Constituição Federal, ou seja, trata-se de políticas de Estado

⁸⁵ Sen rejeita a presunção dos economistas tradicionais de que o mecanismo do mercado é tudo o que é necessário para alcançar o bem comum. Por razões distributivas, a sociedade exige mais estrutura do que aquela que daria a existência do mercado, introduzindo um problema para julgar os estados sociais, como fazer julgamentos sobre o bem comum (Tradução Nossa).

⁸⁶ Acerca da concepção de Direito à Cidadania, utilizar-se-á o conceito desenvolvido por Fernando de Brito Alves, segundo o qual, “cidadania é o direito a ter direitos. A cidadania só é plena na medida em que os direitos fundamentais são assegurados” (ALVES, 2008, p.281).

previstas no texto constitucional em que as relações econômicas devem estar fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (GRAU, 2014, p. 66).

Assim, na medida em que o crescimento econômico no Brasil não é um fim em si mesmo, a concepção de função social da empresa vai ao encontro do desenvolvimento como liberdade proposto por Amartya Sen, notadamente porque ele torna o crescimento econômico propiciado pela exploração da atividade econômica como um dos mecanismos para o desenvolvimento humano no país. Consoante previsto no texto normativo do art. 47 da Lei 11.101/05, no processo de recuperação, a função social da empresa buscará preservar o interesse social advindo do exercício desta atividade econômica perante os trabalhadores, fisco, fornecedores e consumidores.

Contudo, não pode deixar de ser salientado que, por meio de denominadas políticas de governo, o Estado institui mecanismos que promovam a manutenção dos privilégios da elite brasileira, ou seja, daqueles que participam da cidadania maior, ao mesmo tempo que reduz direitos das pessoas que compõem a cidadania menor.

Em vista disso, mesmo que função social da empresa, seja na ordem econômica, seja no processo de recuperação, não tenha o crescimento econômico enquanto um principal objetivo do Estado, na perspectiva do modelo de desenvolvimento humano de Jagdish Bhagwati, sob o discurso de uma política de governo em prol do bem comum, poder-se-á promover, na condição de desenvolvimento humano, um crescimento econômico a qualquer custo, sem a observância da promoção das liberdades humanas.

O modelo de desenvolvimento humano proposto por Amartya Sen propõe o aumento das liberdades para que as pessoas desenvolvam capacidades humanas para que possam fazer ou ser o que desejarem em suas respectivas vidas, de tal maneira que, a partir dessa concepção de modelo de desenvolvimento, as pessoas tornam-se agentes, isto é, capazes de configurar as suas vidas e destinos. A expansão das liberdades substantivas é analisada como uma consequência de circunstâncias que levam o ser humano a poder escolher (liberdade-processo), e/ou à existência de alternativas de escolhas (liberdade-oportunidade)⁸⁷.

Deve ter ficado claro, com a discussão precedente, que a visão da liberdade aqui adotada envolve tanto os *processos* que permitem a liberdade de ações e decisões, como as *oportunidades* reais que as pessoas têm, dadas as suas circunstâncias pessoais e sociais. A privação de liberdade pode surgir em razão de processos inadequados (como a violação do direito ao voto ou de outros direitos políticos ou civis), ou de oportunidades inadequadas que

⁸⁷ Os elementos que estruturam o modelo de desenvolvimento humano proposto por Amartya Sen foram analisados no item 1.2.

algumas pessoas têm para realizar o mínimo do que gostariam (incluindo a ausência de oportunidades elementares, como a capacidade de escapar de morte prematura, morbidez ou fome involuntária).

A distinção ente o *aspecto do processo* e o *aspecto da oportunidade* de liberdade envolve um contraste muito substancial. Pode-se encontrá-la em diferentes níveis. Discuti em outro trabalho os respectivos papéis e requisitos do aspecto do processo e do aspecto da oportunidade da liberdade (além das conexões mútuas entre os dois aspectos). Embora esta possa não ser uma boa ocasião para enveredarmos pelas questões complexas e sutis relacionadas a essa distinção, é importantíssimo ver a liberdade de um modo mais amplo. É necessário que se evite restringir a atenção apenas a procedimentos apropriados (como fazem às vezes os chamados libertários, sem se preocupar se algumas pessoas desfavorecidas sofrem privação sistemática de oportunidades substantivas), ou, alternativamente, apenas a oportunidades adequadas (como fazem às vezes os chamados consequencialistas, sem se preocupar com a natureza dos processos que geram as oportunidades ou com a liberdade de escolha que as pessoas têm). Ambos os processos e oportunidades têm sua própria importância na abordagem do desenvolvimento como liberdade. (SEN, 2000, p. 31-32) (grifo do autor)

Nesse contexto, infere-se que a função social da empresa – tanto na ordem econômica quanto no processo de recuperação – representa um processo adequado para que as pessoas não sejam privadas de suas liberdades e, portanto, possam levar o tipo de vida que elas valorizam, em detrimento da promoção de um crescimento econômico do empresário a qualquer custo, uma vez que, a manifestação da função social na ordem econômica visa harmonizar o objetivo de geração de riquezas do empresário com os interesses coletivos, não se limitando em propiciar somente o referido crescimento. Consequentemente, no processo de recuperação, a função social está às vistas da preservação da empresa e dos interesses dos empregados, fornecedores, fisco e consumidores.

Assim sendo, na medida em que a função social da empresa no ordenamento jurídico brasileiro representa a harmonização dos interesses empresariais e da coletividade, e preservação de sua função social perante aqueles cujos interesses estão em torno da atividade exercida, verificar-se-á que no Brasil, o crescimento econômico é instituído enquanto um dos mecanismos para o desenvolvimento humano, isto é, sendo um aspecto de processo na perspectiva do desenvolvimento como liberdade, e criando diversos outros instrumentos para a expansão das capacidades de as pessoas terem um tipo de vida que valorizam, na condição de agente para conduzi-la com seus próprios valores e objetivos.

3.4 Recuperação da empresa em crise no modelo de desenvolvimento de Amartya Sen

Diante do escopo em apresentar um modelo de desenvolvimento humano no qual o ser humano esteja no centro dele, Amartya Sen propõe um modelo no qual a pessoa está primeiro lugar, uma vez que o crescimento econômico deixa de ser uma prioridade e passa a ser um dos instrumentos para o referido desenvolvimento, mediante expansão das liberdades substantivas para permitir que as pessoas assumam a condição de agente no contexto do convívio em sociedade.

Na perspectiva do autor, o desenvolvimento não se traduz apenas em crescimento econômico. Para um desenvolvimento efetivo, é relevante que se atente para a condição das pessoas, que são os agentes do processo de desenvolvimento. Sendo agentes do processo, os seres humanos devem ser reconhecidos como prioridade, e não os indicadores econômicos, que muitas vezes não levam em conta as necessidades pessoais de cada indivíduo. O crescimento econômico é condição do desenvolvimento, mas não é a única. A liberdade é vista, nesta abordagem, como meio e fim do desenvolvimento; deve-se ir além do reconhecimento de que o mercado leva ao crescimento econômico (POMPEU; MELO, 2016, p. 198).

Dessa maneira, a partir do desenvolvimento como liberdade, as pessoas poderão moldar o seu próprio destino. Segundo destaca Maurício Mota Saboya Pinheiro (2012, p. 12), “o fim último do desenvolvimento, o *bem das pessoas*, é associado à *liberdade*, isto é, à potência pessoal de conseguir a vida que se deseja racionalmente. Nesse sentido, a liberdade é pensada positivamente como poder, autonomia e autodeterminação do agente [...]” (grifo do autor).

Assim sendo, o desenvolvimento humano que não se restrinja ao crescimento econômico possui aplicabilidade tanto no plano nacional quanto no plano internacional, haja vista que, em virtude de ele não centralizar apenas em um meio para a implementação dos direitos humanos, o seu objetivo é superar as limitações impostas às liberdades humanas dos povos, de tal maneira que, por não possuir somente uma perspectiva econômica, isto é, na medida em que a pessoa é colocada enquanto fim do modelo de desenvolvimento humano, há como resultado o bem-estar da sociedade (BORGES; BENACCHIO, 2015, p. 41).

Com efeito, o empresário é um dos protagonistas para o crescimento e desenvolvimento do país. O desenvolvimento da empresa não enseja apenas consequências em benefício do agente econômico que a explora, mas ela provoca reflexos perante os empregados, ocasionados pela criação de postos de empregos, fornecedores, com a aquisição de insumos, bem como a partir da arrecadação de tributos, com fisco, e perante o consumidor em decorrência da implementação no mercado de consumo de novos serviços e/ou produtos.

Para uma economia tão dependente da atividade empresarial, mostra-se de suma importância a tutela do Estado, como forma de proteger todo o sistema, posto que, como já dito, dele dependem diretamente a geração de sustentabilidade dos empregos, a circulação de renda, a arrecadação de impostos e o próprio crescimento do país. Podemos definir todos esses fatores como a essência do que denominamos de *função social da empresa*. (LUCCAS, 2015, p. 19) (grifo do autor)

Portanto, em virtude de a exploração da atividade econômica empresarial não estar limitada a trazer reflexos aos empresários, surge a noção de função social da empresa, isto é, enquanto um instrumento de produção ou a circulação de bens ou de serviços que promove resultados tanto na localidade na qual ela esteja inserida quanto no desenvolvimento de um estado-membro ou de um país. Torna-se dever do empresário dar uma destinação à sua empresa que compatibilize com os interesses da coletividade, evitando-se que a exploração da atividade econômica seja um fim em si mesma para o desenvolvimento humano.

Em virtude de a crise financeira deflagrada no mercado financeiro norte-americano em 2008 ter sido um fato previsível no país, uma vez que, por causa das intervenções estatais na economia dos Estados Unidos para evitar a recessão em 2001, uma das principais causas dessa crise tenha sido as intervenções para impedir a explosão da “bolha ponto com”, ocorrida no ano de 2001, o governo dos Estados Unidos desenvolveu um plano de salvamento para Wall Street, no qual seriam utilizados 700 bilhões de dólares para tentar resolver a problemática deflagrada no mercado financeiro, e não obstante a proposta tenha sido rejeitada, sucederam argumentos em favor de sua implementação. Slavoj Žižek destaca que:

O *slogan* populista “salvem o povo das ruas, não Wall Street!” é totalmente enganoso, uma forma de ideologia em seu grau mais puro, porque passa por cima do fato de que, no capitalismo, o que sustenta o povo das ruas é Wall Street! Sem *ela*, o povo das ruas se afogará no pânico e na inflação. [...] É muito fácil desconsiderar essa linha de raciocínio como uma defesa hipócrita dos ricos. O problema é que, na medida em que permanecemos numa ordem capitalista, *há verdade nela*, isto é, dar um pontapé em Wall Street realmente vai atingir os trabalhadores comuns. É por essa razão que os democratas que apoiaram o plano de salvamento não foram incoerentes com sua orientação esquerdista. Só teriam sido incoerentes se aceitassem a premissa dos populistas republicanos de que o capitalismo (verdadeiro, autêntico) e a economia de livre mercado estão ligados à classe popular trabalhadora, enquanto a intervenção do Estado é uma estratégia da elite para explorar as pessoas comuns e trabalhadoras. Sendo assim, capitalismo *versus* socialismo” torna-se “trabalhadores comuns *versus* camadas da classe alta”. (ŽIŽEK, 2011, p. 25-26) (grifo do autor)

Nesse diapasão, ao propor o plano de salvamento para Wall Street, tinha-se como propósito evitar que a crise do sistema financeiro refletisse diretamente nos membros da

sociedade norte-americana. Ou seja, diante da sua função no contexto dos Estados Unidos, salvar Wall Street significaria amenizar as consequências negativas da crise financeira para a referida população, de modo que, “embora o que é bom para Wall Street não seja necessariamente bom para o povo das ruas, o povo das ruas não pode prosperar quando Wall Street cai doente” (ZIZEK, 2011, p. 24).

A partir disso, enquanto propriedade privada, a empresa é uma das protagonistas para o crescimento e desenvolvimento do país na ótica capitalista, haja vista a implementação da função social da empresa à sociedade, notadamente em relação aos empregados, fornecedores, fisco e consumidores, no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 11.101/05.

Com efeito, “verifica-se que a empresa em crise econômico-financeira tem proteção legal para se reestruturar no mercado, sendo que o Estado, por meio de norma específica, busca garantir a recuperação judicial, para manter a sua atividade econômica e o desenvolvimento econômico” (BORGES; BENACCHIO, 2015, p. 46).

Isso significa dizer que a Lei 11.101/05 é instrumento normativo do sistema jurídico brasileiro que, mediante o instituto da recuperação da empresa em crise, está voltado para o empresário. O objetivo da referida legislação é propiciar mecanismo que favorece a superação da crise empresarial experimentada pelos empresários no exercício da atividade econômica, ou seja, ela é um meio criado pelo Estado para promover o crescimento econômico ocasionado com a preservação da empresa, e por sua vez, ter-se-á como consequência, a garantia de sua função social.

Na medida que as empresas não se restringem aos interesses do empresário, há a noção de função social da empresa. Camila Aparecida Borges e Marcelo Benacchio (2015, p. 43) destacam que trata-se de “organizações fundamentais à produção da riqueza, a qual, na sociedade capitalista, é elemento fundamental para a realização do bem-estar do ser humano no sentido da alocação de recursos para a consecução de direitos sociais (educação, moradia, alimentação, vestuário etc)”.

Dessa maneira, sob à perspectiva do modelo de desenvolvimento humano de Amartya Sen, no Brasil, a recuperação da empresa em crise torna-se um dos instrumentos para a expansão das capacidades de as pessoas terem um tipo de vida que, racionalmente, valorizam, uma vez que, tendo em vista a preservação da empresa, e, por sua vez, da função social dela, esse instituto jurídico é, em termos senianos, um aspecto de liberdade-processo para o desenvolvimento como liberdade.

Nos Estados Unidos, sucedeu a decretação da falência da companhia de energia americana, Enron Corporation, no ano de 2002. Contudo, apesar de sua insolvência

empresarial, houve a constatação de determinadas irregularidades que resultaram na minimização dos prejuízos aos seus acionistas, em detrimento dos diversos trabalhadores que ela possuía, segundo destaca Slavoj Žižek, ao expressar que:

Recordemos a piada cruel de *Ser ou não ser*, [filme] de [Ernst] Lubitsch: quando lhe perguntam sobre os campos de concentração alemães na Polônia ocupada, o oficial nazista responsável, “Campo de Concentração Ehrhardt”, responde: “Fazemos a concentração, e os poloneses, o campo”. O mesmo não se aplicaria ao escândalo da falência da Enron, em janeiro de 2002, que pode ser interpretada como uma espécie de comentário irônico à noção de sociedade de risco? Milhares de funcionários que perderam emprego e poupança estavam expostos a riscos, sem dúvida, mas nesse caso sem capacidade real de escolha; o risco surgiu como destino. Ao contrário, os que realmente tinham noção dos riscos envolvidos, além de poder para intervir (ou seja, os altos executivos), minimizaram seus riscos vendendo ações e opções antes da falência. É bem verdade que vivemos numa sociedade de escolhas arriscadas, mas apenas alguns têm a escolha, enquanto os outros ficam com o risco. (ŽIZEK, 2011, p. 24) (grifo do autor)

Nesse ínterim, dado que a recuperação da empresa em crise é um instituto voltado para a superação da crise empresarial pelo empresário, ela é um instrumento de pujança para a comunidade capitalista. Ao contrário do que aconteceu na falência do empresário norte-americano, o referido instituto não pode ser elevado no ordenamento jurídico brasileiro a uma condição de soberano, de modo a promover restrições na esfera jurídica da coletividade em detrimento da geração de riqueza para os detentores dos bens de produção, isto é, a recuperação da empresa em crise não deve estar voltada apenas para os empresários.

Assim, a recuperação da empresa não deve ser um instrumento voltado a mascarar o desenvolvimento da propriedade privada, por meio do qual a sociedade capitalista aperfeiçoará a sua fonte de exploração, submetendo a coletividade em uma ditadura do capital financeiro (PASUKANIS, 1989, p. 105), mas a sua aplicabilidade deve ser consentânea com os objetivos sociais, possibilitando, além da superação da crise empresarial, a existência de postos de empregos e o cumprimento das obrigações sociais inerentes ao exercício da empresa.

Ademais, segundo a teoria econômica do risco moral, uma pessoa terá uma conduta imoral quando tem um mecanismo que lhe resguardará dos prejuízos advindos de seu comportamento, de maneira que haja uma proteção contra os resultados negativos ocorridos.

Observemos que a resistência republicana ao plano de salvamento foi formulada em termos de “guerra de classes”: Wall Street contra o povo das ruas. Por que deveríamos ajudar os que estão em “Wall Street” e são

responsáveis pela crise pedindo aos hipotecados, o povo das ruas, que paguem o pato? Esse não seria um caso óbvio do que a teoria econômica chama de “risco moral”, definido como “o risco de que alguém se comporte de maneira imoral porque a seguradora, a lei ou outra instância qualquer o protegerá dos prejuízos que seu comportamento possa causar” - se tenho seguro contra incêndio, tomo menos cuidado (ou, *in extremis*, ponho fogo nas instalações que cobri com o seguro, mas que me dão prejuízo)? O mesmo vale para os grandes bancos: não estariam protegidos contra grandes perdas e não seriam capazes de manter o lucro? (ZIZEK, 2011, p. 23) (grifo do autor)

Com efeito, a recuperação da empresa em crise não deve ser um instrumento de implementação no ordenamento jurídico da chamada teoria econômica do risco moral, ou seja, a sua aplicabilidade não deve ser a qualquer custo para ser um mecanismo de preservação e valorização do capital, sendo meramente uma forma para dividir os resultados negativos da crise empresarial com a sociedade.

Portanto, o papel social da recuperação da empresa em crise para a comunidade da atividade empresarial não deve se limitar a um mero meio para o crescimento econômico e geração de lucros para os detentores dos meios de produção. A empresa pode ser uma fonte produtora de mais-valia para que, em uma perspectiva utilitarista, promovaa maximização da felicidade dos empresários. Mas, apesar de ser um instituto jurídico voltado para o empresário, ela não pode ser utilizada aleatoriamente pelo agente econômico, tendo como consequência da recuperação da empresa a promoção de benefícios aos *stakeholders*.

Em um modelo de desenvolvimento humano cujo elemento essencial seja a expansão das liberdades de que os seres humanos desfrutam, no contexto da exploração da atividade empresarial, há a canalização do crescimento econômico a qualquer preço, superando, assim, as fontes existentes que ensejam a privação de liberdades substantivas.

Diante disso, há uma ligação entre a atividade empresarial e o direito humano ao desenvolvimento, competindo a orientação daquela atuação no sentido da realização do ser humano.

Isso porque o direito humano ao desenvolvimento engloba os direitos humanos econômicos, sendo um detentor do outro. Contudo, trata-se de direito inerente ao cidadão, abrangendo a sociedade como um todo, e por isso a importância da atuação do Estado, como poder central, para garantir a aplicabilidade de tais direitos (BORGES; BENACCHIO, 2015, p. 44).

Desse modo, em sentido oposto ao que é priorizado em um modelo de desenvolvimento cujo crescimento econômico seja um fim em si mesmo, como propõe JagdishBhagwati, ter as pessoas no centro do processo de desenvolvimento atribui ao crescimento econômico a função de ser um dos instrumentos para expandir as liberdades

desfrutadas pelos membros da sociedade, de maneira que a atividade econômica empresarial possui uma importância instrumental para o referido escopo, ou seja, em uma concepção seniana, ela é um aspecto de processo na abordagem do desenvolvimento como liberdade (SEN, 2000, p. 31).

Na medida em que a recuperação da empresa em crise seja um instituto jurídico para o empresário superar a crise empresarial, como resultado de sua aplicabilidade, ter-se-ão consequências não somente para o agente econômico, mas também para a coletividade, isto é, tal instituto terá resultados nos interesses que gravitam em torno da empresa – empregados, consumidores, fornecedores, fisco, etc. Camila Aparecida Borges e Marcelo Benacchio expressam:

A atividade econômica das empresas no Brasil possui proteção constitucional, com papel relevante no desenvolvimento da ordem econômica, possuindo como um dos objetivos precípuos a garantia do pleno emprego. Nesse sentido, o Texto Constitucional pátrio e a Lei 11.101/05, no que se refere à recuperação judicial, contemplam o desenvolvimento do estado, ao passo que garantem benefícios aos cidadãos com o soerguimento da empresa em crise, sendo assegurada a aplicabilidade do direito ao desenvolvimento.

A manutenção da empresa objetiva a continuidade da produção de riqueza atendendo à finalidade social da empresa no sentido da promoção do bem de todos em conformidade com o texto constitucional acerca da substituição da ordem econômica liberal por uma ordem econômica intervencionista voltada à construção do Estado Democrático de Direito (BORGES; BENACCHIO, 2015, p. 47).

Não pode ser desconsiderado que a recuperação da empresa divide os resultados negativos advindos da crise empresarial com a coletividade, notadamente, em decorrência de deságios e carências previstos no plano de recuperação judicial, com aqueles que possuem interesses jurídicos para com o empresário devedor. Porém, mediante a efetividade desse instituto jurídico, também haverá a divisão dos resultados positivos advindos dela, uma vez que, ao ser garantida a preservação da empresa, haverá a manutenção de sua função social e, conseqüentemente, a manutenção de postos de empregos e o cumprimento das obrigações sociais inadimplidas.

Sabendo disso, Amartya Sen (2000, p. 28) destaca que, “é tão importante reconhecer o papel crucial da riqueza na determinação de nossas condições e qualidade de vida quanto entender a natureza restrita e dependente dessa relação. Uma concepção adequada deve ir muito além da acumulação de riqueza [...]”.

Assim sendo, não obstante o instituto da recuperação da empresa em crise previsto na Lei 11.101/05 seja um instrumento normativo voltado para o empresário, no modelo de desenvolvimento humano proposto por Amartya Sen, o crescimento econômico impulsionado pela recuperação da empresa é guiado para que ele não se limite apenas aos interesses do agente econômico, mas também à coletividade, para que seja um aspecto de liberdade-processo para expandir as liberdades reais de que as pessoas desfrutam. A preservação da empresa em crise é um dos instrumentos para que a pessoa esteja no centro do processo de desenvolvimento humano.

Na medida em que o crescimento econômico seja uma das maneiras pelas quais se promoverá o desenvolvimento humano, em contraposição ao modelo proposto por JagdishBhagwati, em que se objetiva, tão somente, a acumulação de riqueza, a eficácia do modelo de desenvolvimento não deve ser exclusiva para uma determinada classe, mas que ela esteja relacionada com a melhoria na qualidade de vida das pessoas e na expansão das liberdades que os seres humanos desfrutam.

No contexto de superar o paradigma do desenvolvimento humano enquanto crescimento econômico, Amartya Sen (2000, p. 28-29) destaca que “os fins e os meios do desenvolvimento requerem análise e exame minucioso para uma compreensão mais plena do processo de desenvolvimento; é sem dúvida inadequado adotar como nosso objetivo básico apenas a maximização da renda ou da riqueza”.

Desse modo, assegurar que a recuperação da empresa em crise não se limite aos interesses do empresário significa dizer que, apesar de existir um instrumento normativo destinado para ele, e que os reflexos de sua aplicabilidade tenham consequências para a coletividade, trata-se de superar uma visão estritamente capitalista para o referido instituto, de maneira que ele esteja em conformidade com a destinação anunciada para a ordem econômica brasileira no texto normativo do art. 170 da Constituição Federal, ou seja, que a recuperação da empresa em crise também dê ênfase àqueles cujos interesses gravitam em torno da empresa (BORGES; BENACCHIO, 2015, p. 48-49).

Nesse sentido, haja vista a crise do sistema financeiro norte-americano no ano de 2008, o governo dos Estados Unidos tentou desenvolver um plano de salvamento para Wall Street. A subvenção que seria realizada seria suficiente para ajudar o mercado financeiro, e, por conseguinte, haveria a distribuição dos resultados negativos com os membros da sociedade americana. Contudo, segundo Slavoj Zizek, o plano de salvamento, mesmo que destinado para Wall Street, teria eficácia sobre a referida sociedade, justificando a sua implementação.

O único tipo necessário de intervenção é o que ajuda os ricos a ficar mais ricos; desse modo, os lucros se espalharão automaticamente, por si sós, entre os pobres... Hoje, esse argumento virou a crença de que, se investirmos dinheiro suficiente em Wall Street, ele acabará pingando no povo das ruas e ajudará os trabalhadores comuns e os proprietários de imóveis. Assim, mais uma vez, se quisermos que todos tenham dinheiro para construir sua casa, não devemos dar dinheiro diretamente a eles, mas àqueles que, por sua vez, lhes emprestarão os recursos. Seguindo a lógica, essa é a única maneira de criar uma prosperidade genuína; do contrário, o Estado estaria apenas distribuindo fundos entre os necessitados à custa dos verdadeiros criadores de riqueza (ZIZEK, 2011, p. 25).

A recuperação da empresa em crise não propiciará, exclusivamente, uma eficácia para o empresário, mas também para os membros da sociedade cujos interesses estão em torno da empresa, de maneira que, para aqueles que utilizam o instituto jurídico para superar a crise empresarial, isto é, não o utilizando para fins meramente protelatórios à decretação de sua falência, justificar-se-á, diante da consequente preservação da função social da empresa, a distribuição dos resultados advindos da referida crise com a coletividade.

Desse modo, o instituto da recuperação da empresa em crise promove o equilíbrio entre os interesses do empresário no contexto de sua empresa em crise com os interesses daqueles que estão em torno dela, sobretudo com o objetivo principal de valorizar o pleno emprego para todos aqueles que dependem da atividade empresarial, para que, mediante o modelo de desenvolvimento humano no qual tenha a pessoa no centro do seu processo de desenvolvimento, seja estabelecido o diálogo entre os aspectos econômicos e social. Camila Aparecida Borges e Marcelo Benacchio afirmam:

O Estado, ao inserir a recuperação judicial na atual Lei 11.101/05, buscou o equilíbrio para a ordem econômica constitucional no que se refere à empresa em crise, de modo que visou trazer a estabilidade para a empresa em crise econômico-financeira, com o objetivo principal de valorizar o pleno emprego para todos aqueles que dependem da atividade empresarial, em conformidade com os princípios da ordem econômica constitucional, previstos no art. 170 da Constituição Federal.

Essa compreensão associa, equilibra e estabelece o constante diálogo entre os aspectos econômico e social pelo fio condutor do direito humano ao desenvolvimento; assim, a recuperação judicial é um instituto jurídico voltado à proteção dos direitos humanos no sentido de garantia de um ambiente econômico favorável à proteção de todas as pessoas, incluindo empresários e todos que dependem da atividade empresarial, destinado à efetivação do direito humano ao desenvolvimento (BORGES; BENACCHIO, p. 52-53).

Portanto, diante de o exercício da atividade empresarial promover a geração de empregos, rendas, tributos e circulação de serviços e produtos para o mercado de consumo, credores e empresário devedor assumem um ônus em prol da preservação da empresa, de maneira que, na medida em que há um instituto jurídico voltado para o empresário superar a crise empresarial da atividade exercida, promove-se a preservação da função social da empresa perante empregados, fornecedores, fisco e consumidores, e conseqüentemente, ela continua a exercer a sua função social para com a sociedade.

Em vista do exposto, mesmo que ela seja um instrumento normativo voltado para o empresário superar a sua crise empresarial, na medida em que, a partir da recuperação da empresa em crise, também sejam propiciados reflexos para a coletividade, sendo mantidos os postos de empregos (inclusive com a criação de outros), continuidade no pagamento de tributos e a circulação de produtos e serviços para o mercado de consumo, o referido instituto jurídico está sob a ótica de um modelo de desenvolvimento humano no qual o ser humano está no centro do processo de desenvolvimento. Em virtude de ela não se limitar ao crescimento econômico, a recuperação da empresa em crise está sob a perspectiva do modelo de desenvolvimento humano proposto por Amartya Sen.

3.5 Da periciaprévia no procedimento do pedido de recuperação judicial

A partir da análise da construção teórica acerca do modelo de desenvolvimento humano proposto por Amartya Sen, infere-se que ele possui como escopo a superação do paradigma do pensamento convencional que define o modelo de desenvolvimento enquanto sinônimo de crescimento econômico. Para o referido autor, os seres humanos devem estar no centro do processo de desenvolvimento, e por conseguinte, ao promover as liberdades humanas, ter-se-á um modelo no qual as pessoas estejam em primeiro lugar.

Não obstante o crescimento econômico seja um dos instrumentos para que haja a concretização do modelo de desenvolvimento humano seniano, isto é, o crescimento econômico torna-se uma liberdade instrumental para a promoção das liberdades humanas, esta é decorrente tanto do aspecto do processo que propicia as liberdades de ações e decisões quanto do aspecto das oportunidades de escolhas que as pessoas possuem na vida em sociedade (SEN, 2000, p. 31-32).

Dessa maneira, ao contrário do modelo de desenvolvimento proposto por Jagdish Bhagwati no qual o Estado deve promover a globalização econômica, e conseqüentemente, o principal objetivo dele são os seus meios, de maneira que, por meio dessa forma de

globalização, desenvolvimento humano e desenvolvimento econômico são tratados como sinônimos, no desenvolvimento como liberdade, as pessoas humanas desenvolverão a capacidade de fazer ou ser o que desejam em sua vida.

Assim sendo, conforme salienta Amartya Sen (2000, p. 49), “ver o desenvolvimento a partir das liberdades substantivas das pessoas tem implicações muito abrangentes para nossa compreensão do processo de desenvolvimento e também para os modos e meios de promovê-lo”. Conseqüentemente, ao elevar os seres humanos para a condição de agente, as pessoas terão a capacidade de ser seres mais volitivos, sociais e desimpedidos na condução de suas vidas.

A noção de ordem econômica prevista no texto normativo do art. 170 da Constituição Federal estrutura a concepção de desenvolvimento de atividade econômica pelos agentes econômicos para que ela não seja elevada a um fim em si mesma no ordenamento jurídico brasileiro, e por sua vez, promova restrições na esfera jurídica das pessoas em detrimento da geração de riqueza para os proprietários dos bens de produção (GRAU, 2014, p. 66).

Nesse sentido, em virtude de a ordem econômica orientar o desenvolvimento da atividade econômica para que ela não esteja voltada apenas a atender aos interesses dos agentes econômicos, no contexto do exercício da empresa, os reflexos não serão somente inferidos para a esfera jurídica dos empresários enquanto uma fonte produtora de riqueza para eles, mas também atenderá aos interesses da coletividade.

Isso significa dizer que, no desenvolvimento da atividade empresarial, haverá uma função social, isto é, a função social da empresa, a qual representa a harmonização dos interesses do empresário com os coletivos para o exercício da atividade empresarial (ARNOLDI; MICHELAN, 2002, p. 245-247).

Desse modo, em decorrência de o crescimento econômico no Brasil não estar voltado apenas para o atendimento dos interesses do agente econômico para a manutenção de sua mais-valia, de tal modo que o referido crescimento não se dá a qualquer custo, há a observância da promoção das liberdades humanas, ou seja, o crescimento econômico é um dos mecanismos para o desenvolvimento humano no país, e, conseqüentemente, a concepção de função social da empresa e a referida função social no processo de recuperação da empresa no ordenamento jurídico brasileiro vão ao encontro do desenvolvimento como liberdade proposto por Amartya Sen.

No decorrer do exercício da atividade econômica, o empresário pode passar por momentos de dificuldades, ou seja, experimentar uma crise empresarial em sua organização,

de maneira que, em virtude da função social propiciar reflexos não apenas à esfera jurídica deste agente econômico, mas para toda a coletividade, por meio da Lei 11.101/05, houve a implementação no sistema jurídico brasileiro do instituto da recuperação da empresa em crise, cujo escopo é a preservação da função social da empresa.

A lógica primeira sob a qual se funda a recuperação judicial é a de que o custo social de preservação da empresa economicamente viável, em situação de crise econômico-financeira temporária, por meio de um regime especial de benefícios, é menor do que o custo social do encerramento de suas atividades.

À luz da redação do art. 47 da LRF,⁴ tem-se que a recuperação judicial é um regime cooperativo de superação da situação de crise de uma empresa individualmente considerada tendo por fim a preservação dos interesses coletivos.

Os interesses a serem resguardados podem ser diretos ou indiretos.

Diz-se diretos os interesses dos trabalhadores, os quais veem seus empregos ameaçados pela possibilidade de falência da empresa na eventualidade de não superação da crise, e dos credores, os quais terão de sacrificar parte de seus direitos creditórios em prol da preservação da empresa, mas que também, com a continuidade das atividades destas, manterão um parceiro comercial para realizar atividades econômicas.

Já indiretos são os interesses da sociedade como um todo, pela presunção de que quanto mais empresas produtivas e competitivas existirem melhor será a economia, pois a geração de riquezas será maior, o fisco contará com mais um contribuinte, mais empregos serão gerados e mais opções de produtos ou serviços serão ofertados aos consumidores (MEDINA; HÜBLER, 2014, p. 132).

Assim, a recuperação da empresa em crise é um instrumento normativo instituído no ordenamento jurídico brasileiro por meio do qual o empresário poderá superar a sua crise empresarial. Por consequência disso, não obstante o referido instituto seja um instrumento voltado para o empresário, em decorrência de sua aplicabilidade, há a observância dos interesses dos trabalhadores, fornecedores, fisco e consumidores, ao passo que, indiretamente, toda a sociedade é beneficiada pela preservação da função social da empresa.

Portanto, haja vista os reflexos sociais de sua aplicação nas esferas jurídicas dos envolvidos nas referidas demandas, ou seja, não se limitando a atender aos interesses do empresário, sob à perspectiva do modelo de desenvolvimento humano de Amartya Sen, o instituto da recuperação da empresa em crise é um mecanismo para a expansão das capacidades de as pessoas terem um tipo de vida que, racionalmente, valorizam, haja vista que, na medida em que há a preservação da função social da empresa, em termos seniano, isso é um aspecto de liberdade-processo para o desenvolvimento como liberdade.

O texto normativo do art. 52 da Lei 11.101/05, dispõe que, estando em termos a legitimidade ativa, bem como a documentação exigida no texto normativo do art. 51 da mesma legislação, o juízo recuperacional proferirá uma decisão judicial na qual deferirá o processamento do pedido de recuperação judicial.

No intuito de evitar pedidos de recuperações judiciais de empresários cujas empresas estejam inativas, o juiz de direito titular do juízo da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo⁸⁸, Daniel Carnio Costa, instituiu a denominada perícia prévia para a constatação da regularidade da documentação apresentada pelo empresário devedor, bem como as reais condições de funcionamento da empresa exercida por tal agente econômico, antes do pronunciamento judicial que venha a analisar o deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial.

É nesse contexto que se deve interpretar o art. 52 da Lei 11.101/05 que assim dispõe: “estando em termos a documentação exigida pelo art. 51 desta lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial...”.

O art. 51 da Lei 11.101/05 estabelece que a devedora deve juntar uma série de documentos contábeis, fiscais e econômicos que se destinam a fornecer aos juízos e aos credores um conhecimento mínimo da situação da crise da empresa. É por essa razão que a lei impõe que a devedora apresente balanço, resultados, projeções de faturamento, relação de credores, etc.

A questão que se coloca é a seguinte: deve o juiz fazer uma análise formal da documentação apresentada, apenas conferindo se os documentos exigidos por lei foram juntados, ou deve o juiz analisar, ainda que de maneira perfunctória nessa fase do processo, o conteúdo dos documentos?

É evidente que o juiz não pode exercer uma conduta meramente formal, fazendo apenas um *checklist* da documentação apresentada pela devedora, mas deve analisar o seu conteúdo a fim de aferir a eventual e patente inviabilidade da empresa. (COSTA, 2015, p. 70) (grifo do autor)

Na fase postulatória do procedimento do pedido de recuperação judicial, de acordo com o referido autor, ao analisar as documentações que instruem a petição inicial, o juízo recuperacional não deve apenas verificar se todos os documentos exigidos pelo texto normativo do art. 51 da Lei 11.101/05 foram juntados, mas constatar se a atividade econômica empresarial exercida pelo empresário devedor é inviável.

Assim, a capacidade da empresa exercida gerar postos de emprego, circulação de produtos ou serviços no mercado de consumo, arrecadação de tributos ao fisco e geração de riqueza constituem um pressuposto lógico do pedido de recuperação judicial, segundo destaca Daniel Carnio Costa, ao expressar:

⁸⁸ Em virtude de empresas de empresários submetidos ao procedimento do pedido de recuperação judicial estarem inativas na ocasião da primeira fiscalização pelo administrador judicial, a partir de 2011, houve a criação jurisprudencial da perícia prévia.

Tudo isso para se evitar deferir o processamento de uma recuperação judicial inadequada e lesiva ao interesse social e econômico. Lembre-se que o simples deferimento do processamento da recuperação judicial vai deflagrar automaticamente o *stayperiod*, de modo que esse ato representará a imposição aos credores de grave ônus, blindando-se o patrimônio da devedora por, pelo menos, 180 dias.

Caso o juiz constate a inviabilidade patente da empresa, já nessa fase preliminar, deverá indeferir liminarmente a petição inicial por ausência de pressuposto processual lógico do instituto jurídico da recuperação judicial.

[...]

Conforme já visto, a viabilidade da empresa é fundamento ou pressuposto lógico de aplicação do instituto da recuperação judicial de empresas. Processualmente falando, esse procedimento não é adequado para empresas inviáveis, de modo que se pode considerar carecedora da ação a empresa inviável que ajuíza pedido de recuperação judicial. Considerando-se o interesse processual como sendo o binômio necessidade e adequação, pode-se afirmar com tranquilidade que inexistente, nesse caso, interesse processual na modalidade adequação. (COSTA, 2015, p. 72-73) (grifo do autor)

Portanto, apesar de a referida legislação não ter previsto a designação da perícia prévia para a construção jurisprudencial acerca da referida perícia, o juízo recuperacional deverá inferir a inviabilidade da empresa exercida. Caso seja inferida após à realização da perícia prévia a inviabilidade da atividade empresarial, o juízo recuperacional deverá indeferir liminarmente a petição inicial por ausência de pressuposto processual para a pretensão do empresário em crise empresarial (COSTA, 2015, p. 72) (SÃO PAULO, 2012b).

A partir da análise de decisões judiciais proferidas por juízos vinculados ao Tribunal de Justiça de São Paulo, relativas à referida perícia, foi constatado entendimento jurisprudencial divergente acerca de sua realização nos pedidos de recuperação judicial. De acordo com os pronunciamentos judiciais favoráveis à realização da perícia prévia, em decorrência dos efeitos da decisão que defere o processamento do pedido de recuperação judicial, haja vista a eficácia do *automaticstay*, ou seja, a suspensão das execuções contra o empresário devedor pelo prazo de 180 corridos, para a construção teórica em torno da perícia prévia, notadamente deve suceder a constatação da real situação de funcionamento da empresa, bem como a análise da documentação apresentada.

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Pedido de processamento. Determinação de realização de perícia prévia, para auxiliar o juízo na apreciação da documentação contábil (art. 51 II LRF) e constatar a real situação de funcionamento da empresa. Possibilidade. Decisão mantida. Assistência técnica de perito permitida pela lei. Juiz que não dispõe de conhecimentos técnicos suficientes para apreciar a regularidade da documentação contábil apresentada. Art. 189 LRF c/c art. 145 CPC. Com relação à constatação da

real situação de funcionamento das empresas, não pode o julgador mostrar-se indiferente diante de um caso concreto, em que haja elementos robustos a apontar a inviabilidade da recuperação ou mesmo a utilização indevida e abusiva da benesse legal. O princípio da preservação da empresa não deve ser tratado como valor absoluto, mas sim aplicado com bom senso e razoabilidade, modulado conforme a intenção do legislador e espírito da lei. Ativismo. Precedentes. Decisão de deferimento do processamento que irradia importantes efeitos na esfera jurídica de terceiros. Decisão integralmente mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. Recuso desprovido. (SÃO PAULO, 2014b).

Assim, não obstante haja a omissão legislativa sobre tal perícia, há a necessidade de o juízo recuperacional constatar a real situação de funcionamento da empresa exercida para verificar se o pedido de recuperação judicial é o instrumento jurídico adequado para crise empresarial do empresário devedor⁸⁹.

Em vista disso, para a corrente jurisprudencial favorável à perícia prévia, embora o exame aprofundado acerca da viabilidade da empresa exercida seja realizado pelo credores, o juízo recuperacional pode, sumariamente, analisar a inviabilidade da atividade empresarial para o contexto do pedido de recuperação judicial, de maneira que, em argumento *obiterdictum*, por causa da ausência de conhecimento técnico-contábil, é possível o juízo recuperacional nomear um perito judicial para apreciar e constatar se a documentação contábil juntada está em consonância com o exigido pelo texto normativo do art. 51, II, da Lei 11.101/05 (SÃO PAULO, 2014b) (SÃO PAULO, 2014c).

Contudo, de acordo com a corrente jurisprudencial contrária à realização de perícia prévia, para que haja o processamento do pedido de recuperação judicial, o juízo recuperacional deve analisar a legitimidade ativa do requerente, bem como a análise formal dos documentos exigidos no texto normativo do art. 51 da Lei 11.101/2005, que instrui a petição inicial.

Recuperação judicial. Decisão que defere o processamento da recuperação judicial. Insurgência de credor com fundamento em suposta inviabilidade econômica da empresa. Processamento da recuperação que se condiciona apenas à verificação da presença dos requisitos objetivos dos arts. 48 e 51 da

⁸⁹ AGRAVO DE INSTRUMENTO Pedido de Recuperação Judicial por parte da agravante Pleito de diferimento do pagamento das custas iniciais que foi indeferido Decisão que se mostra correta Rol do artigo 5º da Lei nº 11.608/03 que é taxativo, não se aplicando ao caso Perícia prévia determinada com o intuito de auxiliar o juiz na apreciação da documentação contábil apresentada (art. 51, II, LRF) e constatar a real situação de funcionamento da empresa Possibilidade, diante da ausência de conhecimentos técnicos do juízo, suficientes à apreciação da regularidade da documentação contábil apresentada No tocante à constatação da real situação de funcionamento da empresa: não pode o julgador mostrar-se indiferente se verificar a inviabilidade da recuperação da empresa ou mesmo a utilização indevida e abusiva da benesse legal Princípio da preservação da empresa que não deve ser absoluto, devendo ser aplicado com bom senso e razoabilidade Perícia prévia mantida Recurso improvido (SÃO PAULO, 2015a).

Lei nº 11.101/05. Decisão mantida. Agravo desprovido (SÃO PAULO, 2017b).

Portanto, constituem pressupostos da fase postulatória de um pedido de recuperação judicial, para que haja o deferimento ou não do processamento de tal pedido, o exame da legitimidade ativa do requerente e a constatação da regularidade dos documentos que instruem a petição inicial do pedido de recuperação judicial, não podendo ser inferida a viabilidade da empresa exercida pelo empresário devedor, ao passo que, em decorrência de o juízo recuperacional não possuir conhecimento técnico-contábil, é possível nomear um perito judicial para constatar se a documentação juntada está em consonância com o exigido pelo texto normativo do art. 51, II, da Lei 11.101/05 (SÃO PAULO, 2016c).

A partir da análise das decisões judiciais proferidas por juízos recuperacionais, infere-se que, não obstante tais juízos determinem que o perito judicial constate o real funcionamento da empresa exercida pelo empresário em crise empresarial, é inexistente uma sistemática acerca do prazo para a realização da perícia e apresentação do laudo pericial.

No pedido de recuperação judicial que tramitou no juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Araras, sob o nº 1001062-56.2014.8.26.0038, a perícia prévia deveria ser realizada em 10 dias, enquanto no pedido de recuperação judicial que tramitou perante o juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Itapetininga, sob o nº 1006126-28.2017.8.26.0269 o referido prazo era de três dias (SÃO PAULO, 2014c); (SÃO PAULO, 2017a).

Diante disso, a especificação do prazo para a realização da perícia está à mercê da vontade do juiz vinculado ao juízo recuperacional, isto é, de sua consciência, por mera arbitragem, como sucedia na Roma Antiga, em cujo período as partes eram submetidas à decisão autoritária do *Judex*, para a qual não necessitava de fundamentação, carecendo de segurança jurídica e previsibilidade para o período no qual dever-se-á realizar a perícia prévia.

Ao considerar a decisão anterior no julgamento do caso concreto atual, ter-se-á coerência entre as decisões judiciais, proporcionando, conseqüentemente, aos jurisdicionados tanto segurança jurídica nas relações processuais quanto uma confiabilidade nos pronunciamentos judiciais proferidos pelo Poder Judiciário (PORTO, 2016, p. 192).

Nascâmaras reservadas de direito empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, há divergência de entendimento acerca da realização ou não de perícia prévia, uma vez que existem demandas para as quais este juízo ratificou a decisão judicial proferida pelo juízo recuperacional para o fim de determinar tal perícia, enquanto, em outras ocasiões, houve a

reforma da decisão judicial para suspender a determinação da realização de referida perícia (SÃO PAULO, 2014b) (SÃO PAULO 2016c) (SÃO PAULO, 2018b)⁹⁰.

Embora haja no âmbito interno das câmaras reservadas de direito empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo a divergência de entendimento, entre as referidas câmaras reservadas também há divergência sobre a designação de perícia prévia antes da análise do deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial (SÃO PAULO, 2014b); (SÃO PAULO, 2015a) (SÃO PAULO 2016a) (SÃO PAULO, 2018b).

Assim, nos pedidos de recuperação judicial, casos semelhantes não estão sendo tratados pelos juízos recuperacionais de maneira isonômica, sendo, conseqüentemente, proferidas decisões judiciais antagônicas em casos concretos semelhantes. Diante desse escopo de tratamento isonômico por meio das decisões judiciais, enquanto consumidor da prestação do serviço jurisdicional, o jurisdicionado deixa de obter confiança nas decisões judiciais do poder judiciário.

Em um mesmo pedido de recuperação judicial infere-se que, na medida em que o juízo recuperacional determinou a realização da perícia prévia sob o argumento da necessidade de constatação do real funcionamento da empresa em crise, enquanto argumento *obiterdictum*, a nomeação justificou-se em virtude da ausência de conhecimento técnico-contábil do juiz vinculado ao juízo recuperacional para que o perito judicial verifique se a documentação contábil juntada está em consonância com o exigido pelo texto normativo do art. 51, II, da Lei 11.101/05. Contudo, no acórdão do recurso de agravo de instrumento contra tal decisão judicial, verifica-se *queratiodecidenti* a falta de conhecimento técnico-contábil, e por conseguinte, a nomeação tem como escopo inferir se os documentos contábeis juntados estão de acordo com a exigência legal (SÃO PAULO, 2014b) (SÃO PAULO, 2014c).

Desse modo, além das divergências de entendimento no contexto das câmaras reservadas de direito empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, constata-se a contradição de *ratione decidendi* envolvendo um mesmo pedido de recuperação judicial, e

⁹⁰Recuperação judicial. Pedido de recuperação judicial. Necessidade de exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira. Inteligência do artigo 51, I, da LRJ. Desnecessidade, entretanto, de produção de prova pericial prévia a fim de confirmar a situação de crise. Aferição no plano abstrato que se mostra adequado para fins de deferimento do processamento. Fase deliberativa que se mostra mais adequada para fins de aferição real da situação da empresa. Narrativa inicial, ademais, que tem o condão de influenciar os credores da empresa em crise a aprovarem o plano de recuperação, caso tenha sido traçada estratégia adequada para superação dos motivos específicos que ensejaram a situação de crise da agravante. Desnecessidade da prova pericial prévia. Alegação de busca e apreensão de bens essenciais. Impossibilidade de apreensão durante o *stay period*. Precedentes. Caso dos autos que revela a atuação da agravante na busca do deferimento do processamento e, por conseqüência, da concessão do mencionado período. Crédito perseguido pelo credor fiduciário que se mostra pequeno frente aos bens que o garante. Possibilidade de suspensão das medidas até a decisão sobre o processamento. Decisão Reformada. Recurso provido. (SÃO PAULO, 2018b – Grifo do Autor).

consequentemente, os argumentos determinantes para a realização da perícia prévia apresentados pelo juízo recuperacional não são os mesmos quando há o acórdão contra o pronunciamento judicial daquele juízo.

No Tribunal de Justiça de São Paulo, houve a implementação das 1ª, 2ª e 3ª varas especializadas de recuperação judicial e falência no foro central cívelda Comarca de São Paulo. No intuito de criar varas especializadas em direito empresarial para serem implementadas também na cidade de São Paulo, a Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo constatou que, no ano de 2015, foram distribuídas 1.348 ações referentes à competência das varas de recuperação judicial e falência (SÃO PAULO, 2016d, p. 58).

Apesar de, em ambos, os juízos recuperacionais serem favoráveis à designação da perícia prévia antes da análise do deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial, infere-se que, em decisões judiciais proferidas pelos juízos das 1ª e 2ª Varas de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo para a referida perícia, os pronunciamentos judiciais são idênticos (SÃO PAULO, 2015b) (SÃO PAULO, 2016b).

Portanto, apesar de não ser possível identificar qual juízo recuperacional transcreveu o pronunciamento do outro, a partir da análise de decisões judiciais proferidas pelos referidos juízos especializados em recuperação judicial e falência, infere-se que há a reprodução integral de pronunciamentos judiciais, ou seja, a reprodução exata de decisões de outro juiz vinculado a juízos recuperacionais distintos, de modo que, entre elas, inexistente qualquer acréscimo, consideração ou investigação em torno do caso concreto julgado.

Desse modo, a partir da construção teórica de Amartya Sen na abordagem do desenvolvimento como liberdade, a privação da liberdade substancial dos seres humanos pode decorrer de processos inadequados ou oportunidades inadequadas, de modo que ambos são fontes de privação das liberdades individuais, ou seja, a limitação da liberdade de ações e decisões das pessoas.

Enquanto o aspecto da oportunidade constitui a existência de alternativas de escolha do indivíduo, o aspecto do processo representa circunstâncias e contextos que levam esse indivíduo a poder escolher (SEN, 2000, p. 31-32), obstaculizando, assim, a expansão das capacidades das pessoas para terem um tipo de vida que objetivam e deixando de estar na condição de agente para conduzi-la com seus próprios valores e objetivos.

Diante disso, a atual aplicabilidade da perícia prévia nas relações processuais pelos juízos recuperacionais torna-se um instrumento de limitação tanto para a possibilidade de

preservação da função social da empresa quanto para os credores para decidirem sobre a viabilidade da recuperação da empresa exercida pelo empresário em crise empresarial, por intermédio do plano de recuperação judicial a ser apresentado pelo referido agente econômico.

Assim sendo, em decorrência do juízo recuperacional estar analisando a viabilidade da empresa na fase postulatória do procedimento de recuperação judicial, quando tal análise é atribuída ao credor na fase deliberativa ao apreciar o plano de recuperação judicial, a atual formatação da perícia prévia vai de encontro com o modelo de desenvolvimento humano proposto por Amartya Sen.

A viabilidade da empresa fica sob à discricionariedade judicial do juízo recuperacional, e por conseguinte, por um ato de vontade do julgador, se a perícia prévia promover um resultado no qual a empresa exercida pelo empresário é inviável de ser preservada, ele indeferirá liminarmente o pedido de recuperação judicial, sem ao menos possibilitar que os principais interessados em sua preservação, isto é, os credores, possam analisar a viabilidade da atividade empresarial.

Em vista da discricionariedade judicial do juízo recuperacional ao determinar a realização da perícia prévia, a atual aplicação pelos juízos recuperacionais da referida perícia nos pedidos de recuperação judicial antes da análise do deferimento do processamento da recuperação judicial torna-se um processo inadequado ao desenvolvimento humano instituído pelo Poder Judiciário no contexto das relações processuais em torno da recuperação da empresa em crise, deixando, por conseguinte, de observar tanto os interesses do empresário quanto dos empregados, fornecedores, fisco, consumidores e, indiretamente, da própria sociedade.

A sistemática apresentada para a realização da perícia prévia nos pedidos de recuperação judicial torna-se prejudicial tanto para o empresário em crise empresarial quanto para os credores e a sociedade, uma vez que, em virtude da ausência de proceduralização na sua realização, a preservação da função social da empresa é prejudicada, e consequentemente, traz reflexos negativos nas esferas jurídicas dos interessados na preservação da empresa.

Diante disso, a fim de apresentar uma hipótese de melhoria na formatação da perícia prévia, mesmo que sumariamente na fase postulatória do procedimento do processo de recuperação judicial, o juízo recuperacional não deve analisar a viabilidade da atividade econômica empresarial do empresário submetido ao referido pedido, cuja atribuição é restrita aos credores na apreciação do plano de recuperação judicial, conforme destacam Luiz Roberto Ayoub e Cássio Machado Cavalli, ao salientarem:

Ao receber o pedido de recuperação judicial, o juiz deverá verificar a legitimação do devedor para postular recuperação judicial, bem como se a petição inicial foi adequadamente instruída. Aliás, não se deve realizar nesse momento, a análise da viabilidade econômica da empresa devedora. A análise dos documentos que devem instruir a petição inicial é formal, não material (AYOUB; CAVALLI, 2017, p. 113-114).

Assim, na fase postulatória do procedimento do pedido de recuperação judicial, o juízo recuperacional deve realizar a análise da legitimidade ativa, bem como uma análise formal dos documentos exigidos pelo texto normativo do art. 51 da Lei 11.101/05, para instruir a petição inicial.

No entanto, em virtude do desconhecimento técnico-contábil do juiz vinculado ao juízo recuperacional, haja vista a previsão do texto normativo do art. 189 da Lei 11.101/05 para aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao procedimento da recuperação judicial, não se obsta que os autos do referido processo sejam encaminhados para o contador judicial apenas para que haja apreciação da regularidade da documentação contábil apresentada pelo empresário.

Portanto, na hipótese de melhoria para a formatação da perícia prévia, em vez de ser nomeado um perito judicial para tal escopo, em decorrência do conhecimento técnico-contábil, o contador judicial poderá constatar se os documentos contábeis exigidos no texto normativo do art. 51, II, da Lei 11.101/05 foram juntados pelo empresário, de maneira que, para a referida análise, semelhantemente ao determinado no pedido de recuperação judicial sob o nº 1006126-28.2017.8.26.0269, o contador deverá apreciar a regularidade da documentação contábil no prazo de três dias, e, por conseguinte, informar ao juízo recuperacional se existem documentos a serem juntados pelo empresário, e em tal ocasião, dever-se-á individualizar os documentos faltantes.

Além disso, a designação de perícia prévia para a constatação do real funcionamento da empresa exercida apenas se justificaria se houvesse evidências de elementos contundentes que viessem a demonstrar a utilização abusiva pelo empresário do instituto da recuperação judicial para uma atividade empresarial que já se encontra em estado de inatividade.

Com efeito, o administrador judicial é um auxiliar do juízo recuperacional, pois este sujeito processual do pedido de recuperação judicial possui atribuições a serem exercidas ao longo do procedimento do referido pedido, dentre as quais, segundo destaca Manoel Justino Bezerra Filho, está a fiscalização da atividade econômica empresarial exercida pelo empresário.

Como auxiliar do juiz na recuperação, tem o administrador judicial o dever de fiscalização das atividades do devedor, do cumprimento do plano de recuperação e de todo e qualquer ato que interesse ao normal andamento da recuperação, o que vem explicitado na normal de caráter geral inserida nesta letra *a*. (BEZERRA FILHO, 2013, p. 104) (grifo do autor)

Nesse sentido, o argumento da necessidade da constatação da real situação de funcionamento da empresa exercida é superável, uma vez que, de acordo com o texto normativo do art. 22, II, 'a', da Lei 11.101/05, compete ao administrador judicial no pedido de recuperação judicial fiscalizar as atividades do empresário, ou seja, a própria legislação já atribuiu a um sujeito processual imparcial e de confiança do juízo recuperacional a constatação do real funcionamento da empresa.

De acordo com o texto normativo do art. 22, II, 'c', da Lei 11.101/05, compete ao administrador judicial apresentar relatório mensal das atividades desenvolvidas pelo empresário ao juízo recuperacional, de maneira que, ao realizar a primeira diligência voltada à fiscalização das atividades do empresário requerente do pedido de recuperação judicial, caso o administrador judicial constate que a empresa está inativa, este deverá informar o referido juízo.

Em vista disso, sendo constatado pelo administrador judicial a inatividade da empresa exercida pelo empresário requerente do pedido de recuperação judicial, nos termos do texto normativo do art. 485, VI, do Código de Processo Civil, o juízo recuperacional deverá extinguir essa demanda em decorrência da ausência de interesse processual, por inexistência do interesse-adequação para o pedido de recuperação judicial ao contexto da crise empresarial experimentada pelo agente econômico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo de desenvolvimento humano de Amartya Sen tem como proposta superar o tradicional modelo no qual desenvolvimento humano e crescimento são sinônimos, de modo que, para a consecução de um desenvolvimento humano, dever-se-á objetivar a promoção da qualidade de vida da pessoa humana, ou seja, a expansão das liberdades humanas, tornando o crescimento econômico um dos mecanismos para o processo de desenvolvimento.

Ao propiciar o desenvolvimento das liberdades, será propiciado às pessoas o desenvolvimento da capacidade de, racionalmente, ser e fazer aquilo que valorizam e desejam em sua vida. Isso significa que, em consequência de as pessoas estarem no centro do processo de desenvolvimento, a partir da ampliação das liberdades humanas, as pessoas serão capazes de se autodeterminar para conseguir um modo de vida que desejam.

Desse modo, ao colocar as pessoas em primeiro lugar em um modelo de desenvolvimento humano, o crescimento econômico torna-se um dos instrumentos para o referido desenvolvimento. Para Amartya Sen, elas não terão limitadas as suas liberdades, sendo possibilitado que os seres humanos estejam na condição de agente, isto é, eles sejam pessoas volitivas, sociais e desimpedidos na condução de suas vidas.

O texto normativo do art. 170 da Constituição Federal estrutura a concepção de desenvolvimento de atividade econômica pelos agentes econômicos para que ela não seja elevada a um fim em si mesma. Por consequência disso, há a estruturação da função social da empresa na ordem econômica, ou seja, no exercício da atividade empresarial, evita-se que o empresário explore a sua atividade econômica de maneira discricionária.

Com isso, a ideia de função social da empresa na ordem econômica representa a harmonização dos interesses coletivos com os do empresário para o exercício da atividade econômica. A referida função social possui aplicabilidade no modelo de desenvolvimento humano proposto por Amartya Sen, uma vez que se evita que o empresário exerça a sua empresa sem observar a ordem econômica prevista na Constituição Federal, e, por conseguinte, não a torne, de acordo com o modelo proposto por Jagdish Bhagwat, um sinônimo de desenvolvimento humano.

Assim, a função social da empresa na ordem econômica representa, no modelo de desenvolvimento humano proposto por Amartya Sen, um aspecto de processo na perspectiva do desenvolvimento como liberdade, isto é, ela é um dos diversos instrumentos para a

expansão das capacidades das pessoas terem um tipo de vida que valorizam, elevando-as, conseqüentemente, à condição de agente.

Diante do exercício da empresa para promover a geração de empregos, rendas, tributos e circulação de serviços e produtos para o mercado de consumo, por meio da Lei 11.101/05, o ordenamento jurídico brasileiro instituiu a recuperação da empresa em crise para que o empresário possa superar a crise empresarial da atividade exercida.

O instituto de recuperação judicial resulta na preservação da função social da empresa perante empregados, fornecedores, fisco e consumidores. Porém, apesar de ele ser um instrumento normativo voltado para o empresário, no modelo de desenvolvimento humano proposto por Amartya Sen, o crescimento econômico impulsionado pela recuperação da empresa é guiado para que ele não se limite a trazer resultados apenas aos interesses do empresário.

No processo de recuperação de empresa em crise, a partir dos princípios da preservação da empresa e da função social da empresa previstos no texto normativo do art. 47 da Lei 11.101/05, visa-se preservar a empresa exercida e resguardar o interesse social prejudicado com a crise empresarial, ou seja, viabilizar a superação do estado de crise para preservar, diretamente, o interesse social perante os trabalhadores, fisco, fornecedores e consumidores, e, conseqüentemente, no modelo de desenvolvimento humano proposto por Amartya Sen, constituir um aspecto de processo para a expansão das capacidades das pessoas.

Sendo assim, mesmo que o instituto da recuperação da empresa seja um instrumento normativo voltado para o empresário superar a sua crise empresarial, a teor do art. 47 da Lei 11.101/05, a função social da empresa no processo de recuperação propicia reflexos para resguardar os interesses dos trabalhadores, consumidores, fisco, fornecedores e da coletividade. Com isso, o referido instituto jurídico transcende os interesses do empresário, e conseqüentemente, a recuperação da empresa em crise está sob a ótica do modelo de desenvolvimento humano proposto por Amartya Sen.

Portanto, a recuperação da empresa em crise representa um aspecto de liberdade-processo para expandir as liberdades reais de que as pessoas desfrutam, uma vez que a recuperação judicial da empresa tem como objetivo apenas manter o lucro do empresário, uma vez que a preservação da função social da empresa é um dos instrumentos para que a pessoa esteja no centro do processo de desenvolvimento humano.

Na fase postulatória do procedimento do pedido de recuperação judicial, de acordo com o texto normativo do art. 52 da Lei 11.101/05, o deferimento do pedido está condicionado à análise da legitimidade ativa, bem como a análise formal dos documentos exigidos pelo

texto normativo do art. 51, da mesma legislação, para instruir a petição inicial, ao passo que parte dos Juízos instituíram denominada perícia prévia à prolação da decisão judicial que analisa o processamento do pedido de recuperação judicial.

De acordo com a perícia prévia, será nomeado um perito judicial a fim de verificar se a documentação contábil apresentada pelo empresário requerente do referido pedido está em consonância com o texto normativo do art. 51, II, da Lei 11.101/05, bem como realizar a constatação da real situação de funcionamento da empresa exercida pelo referido empresário.

A partir da análise das *ratios decidendis* de decisões judiciais que deferem ou não tal perícia, constata-se a existência de divergência de entendimento jurisprudencial nas câmaras reservadas de direito empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, bem como o conflito de entendimento jurisprudencial entre as referidas câmaras.

Ademais, foi constatado que, sob o argumento da necessidade de verificar a inviabilidade da atividade empresarial exercida, os juízos recuperacionais passam a analisar a viabilidade da empresa exercida pelo agente econômico, cuja função é atribuída pela Lei 11.101/05 ao credor, na fase deliberativa, ao apreciar o plano de recuperação judicial, ao passo que os juízos das 1ª e 2ª Varas de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo possuem pronunciamentos judiciais idênticos para determinam a realização da perícia prévia.

Diante da inexistência de uma procedimentalização para a realização da perícia prévia, notadamente em relação ao prazo para a realização da referida perícia, o qual fica sob a discricionariedade judicial do julgador, conclui-se que a atual formatação da decisão judicial que defere a perícia prévia é prejudicial tanto para o empresário em crise empresarial quanto para os credores e a sociedade. Isso porque o deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial fica sob a discricionariedade judicial do juízo recuperacional. Se a perícia prévia promover um resultado no qual a empresa exercida pelo empresário é inviável de ser preservada, ela indeferirá liminarmente o pedido de recuperação judicial, sem ao menos possibilitar que os credores possam analisar a viabilidade da atividade empresarial.

Portanto, instituído pelo Poder Judiciário no contexto das relações processuais em torno da recuperação da empresa em crise, a atual sistematização da perícia prévia no procedimento do pedido de recuperação judicial representa um processo inadequado ao desenvolvimento humano, deixando, por conseguinte, de observar os interesses do empresário, empregados, fornecedores, fisco, consumidores e da própria sociedade. Nesse caso, a formatação atual da perícia prévia ao processamento do pedido de recuperação judicial não está sob a perspectiva do modelo de desenvolvimento proposto por Amartya Sen.

A fim de apresentar uma hipótese de melhoria na formatação da perícia prévia, e, por conseguinte, estabelecer uma sistematização para a sua realização no processo de recuperação, em decorrência da ausência de conhecimento técnico-contábil do juiz de Direito vinculado ao juízo recuperacional, em vez de ser nomeado um perito judicial, os autos devem ser encaminhados ao contador judicial para constatar somente se os documentos contábeis exigidos no texto normativo do art. 51, II, da Lei 11.101/05 foram juntados pelo empresário, e para tanto, tal análise deve ser realizada no prazo de três dias.

Desse modo, na hipótese de existirem documentos a serem juntados pelo empresário, o contador judicial deverá informar o referido juízo, bem como individualizar os documentos faltantes para que o juízo recuperacional determine a emenda à petição inicial. A constatação da real situação de funcionamento da empresa exercida deve ser realizada pelo administrador judicial ao fiscalizar as atividades do empresário.

No entanto, sendo constatado pelo administrador judicial a inatividade da empresa, nos termos do texto normativo do art. 485, VI, do Código de Processo Civil, o juízo recuperacional deverá extinguir o pedido de recuperação judicial em decorrência da ausência de interesse processual para a referida demanda.

Com isso, a partir da hipótese de sistematização da designação da perícia prévia para o aprimoramento do processo de recuperação de empresa em crise, visa-se observar os interesses de todos os envolvidos na preservação da função social da empresa, ou seja, não prejudicando os interesses do empresário, empregados, consumidores, fisco, fornecedores e da própria sociedade, uma vez que, serão definidos critérios objetivos para a consecução da perícia prévia nas relações jurídicas processuais envolvendo a recuperação judicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELLA, Claudia Liliana Bedoya. Amartya Sen y el desarrollo humano. **Revista Nacional de Investigación** – Memorias, vol. 8, n. 13, / enero-junio, p. 277-288, 2010.

ALVES, Fernando de Brito. Os horizontes de Prometeu: cidadania e direitos fundamentais em países de modernidade tardia. In: Fernando de Brito Alves, Eduardo Augusto Salomão Cambi, Andrea BulgakovKlock. (Org.). **Direitos Fundamentais Revisitados**. Curitiba: Editora Juruá, 2008, v. 1, p. 265-286.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação Judicial**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo, MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. São Paulo, **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, p. 157-162, 2000.

ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil**, 104/109, out-dez, 1996.

ASSIS, Olney Queiroz; KÜMPPEL, Vitor Frederico. **Manual da Antropologia Jurídica**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio Machado. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. São Paulo: Editora Forense, 2017.

BASTOS, Joel Luis Thomaz. Litisconsórcio Ativo e Consolidação Substancial na Recuperação Judicial. In: **10 anos da lei de recuperação de empresas e falências: Reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil**. Coordenador Luis Vasco Elias. Editora Quartier Latin: São Paulo, 2015, p. 211-218.

BARCELOS, Guilherme Bier. A função da lei de recuperação e de falência no sistema de direito privado brasileiro. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**. Vol. 4/2017, Abr–Jun, p. 01-25, 2017.

BARAN, Elena Steliana. **Jagdish Bhagwati: In defense of Globalization**. New York: Oxford University Press, p. 173-175, 2007.

BHAGWATI, Jagdish. **Em Defesa da Globalização**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo**. São Paulo: Revisto dos Tribunais, 2011.

BORGES, Camila Aparecida Borges; BENACCHIO, Marcelo. A recuperação judicial e o direito humano ao desenvolvimento. In: Daniel Carnio Costa. (Org.). **Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências**. Curitiba: Editora Juruá, 2008, v. 2, p. 39-54.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1524342**. Relator: Ministro Lázaro Guimarães, Quarta Turma. Diário da Justiça. Brasília, 24 ago. 2018a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.337.989**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma. Diário da Justiça. Brasília, 04 jun. 2018b.

_____. **Projeto de Lei nº 7.590, de 2017 (da Câmara dos Deputados)**. Recuperação Judicial das Pessoas Físicas. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1562111.pdf>>. Acesso em 09 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1.462.032/PR**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma. Diário da Justiça. Brasília, 12 fev. 2015a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses nº 35**. 2015b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2035%20-%20Recupera%C3%A7%C3%A3o%20Judicial%20I.pdf>. Acesso em 29 dez. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no REsp 1.505.290/MG**. Relator: Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Diário da Justiça. Brasília, 22 mai. 2015c.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no CC 129.079/SP**. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira, Segunda Seção. Diário da Justiça. Brasília, 19 mar. 2015d.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência nº 550**. 2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=%270550%27>>. Acesso em 31 dez. 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1.572, de 2011 (da Câmara dos Deputados)**. Projeto de Código Comercial Brasileiro. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=888462&filename=PL+1572/2011>. Acesso em 20 jun. 2017.

_____. **Conselho da Justiça Federal**: I Jornada de Direito Comercial. 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/128>>. Acesso em 16 jul. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência nº 451**. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270451%27>>. Acesso em 30 dez. 2018.

_____. **Conselho da Justiça Federal**: I Jornada de Direito Civil. 2003. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/754>>. Acesso em 20 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3934/DF**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno. Diário da Justiça. Brasília, 06 nov. 2009.

_____. **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 dez. 2006.

_____. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09 fev. 2005.

_____. **Projeto de Lei nº 6.960, de 2002 (da Câmara dos Deputados) 2002b**. Dispõe sobre o acréscimo de dispositivos ao Código Civil. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=50233&filename=PL+6960/2002>. Acesso em 20 jun. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 67.723/SP**. Relator: Ministro Amaral Santos, Primeira Turma. Diário da Justiça. Brasília, 24 fev. 1970.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 63.431/SP**. Relator: Ministro Amaral Santos, Primeira Turma. Diário da Justiça. Brasília, 06 mar. 1969.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 55.511/SP**. Relator: Ministro Aliomar Baleeiro, Segunda Turma. Diário da Justiça. Brasília, 08 nov. 1966.

_____. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 out. 1966.

_____. **Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945**. Lei de falências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 jun. 1945.

_____. **Decreto nº 3065, de 6 de maio de 1882**. Disposições sobre concordatas. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, DF, 06 mai. 1882.

_____. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850**. Código Comercial. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, DF, 25 jun. 1850.

CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação judicial de grupos societários multinacionais: contribuições para o desenvolvimento de um sistema jurídico brasileiro a partir do direito comparado**. 2013. 241f. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito, 2013.

CAMPINHO, Sérgio. **Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falência interpretada e anotada artigo por artigo**. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

CASSI, Guilherme Helfenberger Galino; RICCI, Henrique Cavalheiro. A função social da empresa corresponde à norma jurídica em sentido estrito? In: Charles Emmanuel Parchen. (Org.). **Temas gerais de Direito Econômico e Socioambiental**. São Paulo: Iglu Editora, v. 1, p. 09-28, 2013.

CEREZETTI, Sheila C. Neder. Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre Direito Societário, Processual e Concursal. In: **Processo Societário II**. Coordenador Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira. Editora Quartier Latin: São Paulo, 2015, p. 735-789.

_____. SATIRO, Francisco. A silenciosa “consolidação” da consolidação substancial. **Revista do Advogado**, Revista do Advogado, vol. 131, p. 216-223, out., 2016.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. Vol.03. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. O novo Código Civil e o Direito de Empresa: Registro das sociedades simples. **Revista de Direito Imobiliário**. v. 55. p. 174-200, jul./dez., 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Ordem econômica na constituição brasileira de 1988. **Revista de Direito Público**, v. 23, n. 93, p. 263–276, jan./mar., 1990.

_____. Estado, Empresa e Função Social. **Revista dos Tribunais**, vol. 732/1996, p. 38 – 46, Out., 1996.

_____. Função social da propriedade dos bens de produção. São Paulo, **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro** 63/71-79, 1986.

_____. **O poder de controle na sociedade anônima**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. **Aspectos jurídicos da Macro-empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

CÓRDOBA, Rafael Cejudo. Capacidades y Libertad: Una aproximación a la teoría de Amartya Sen. **Revista Internacional de Sociología (RIS)**, vol. LXV, n. 47, may.-ago., p. 9-22, 2007.

CORREIA, Miguel J. A. Pupo. **Direito Comercial: Direito da empresa**. Lisboa: Editora Ediforum, 2009.

COSTA, Daniel Carnio. Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, ano 16, nº 39, p. 59-77, jan-mar/2015, 2015.

DORIA, Dylson. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States Bankruptcy Code**. 1978. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/browse/prelim@title11&edition=prelim>>. Acesso em 13 jan. 18.

FERREIRA, Leandro Taques. Função Social da Empresa: Conceito e Aplicação. **Revista de Direito Empresarial**, vol. 15/2016, p. 19 – 39, Mai. – Jun., 2016.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo, Atlas, 1994.

FERNANDES, Ana Paula Adala. Processamento do pedido de recuperação judicial – Fases, petição inicial, documentação adequada, despacho de processamento e desistência. In: **Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências**. Daniel Carnio Costa. (Org.). Curitiba: Editora Juruá, 2008, v. 2, p. 127-162.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Recuperação e Função Social da Empresa**: Reavaliando Antigos Temas. *Revista dos Tribunais*, vol. 913/2011, p. 177 – 191, Nov, 2011.

FILHO BEZERRA, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/05 comentada artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO, Bruno Paiva. Função Social da Empresa. **Revista dos Tribunais**, vol. 857/2007, p. 11 – 28, Mar, 2007.

GUIMARÃES, Márcio Souza. O direito francês como exemplo de prevenção à crise da empresa: instrumentos preventivos de dificuldades das empresas. In: **Reflexões sobre o projeto de código comercial**. Fábio Ulhoa Coelho, Tiago Asfor Rocha Lima, Marcelo Guedes Nunes (coordenadores). São Paulo: Editora Saraiva, p. 565-618, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo, Malheiros, 2014.

ITÁLIA. **Decreto Real nº 262, de 16 de março de 1942**. Código Civil Italiano. Mar. 1942. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/news/2014/11/27/del-lavoro-nell-impresa>>. Acesso 05jul. 2017.

KLIKSBERG, Bernardo. **Falácias e mitos do desenvolvimento social**. São Paulo: Cortez Editora, 2001.

LAMPREIA, Luiz Felipe. **Relatório brasileiro sobre desenvolvimento social**. São Paulo: Estudos Avançados., v.9,nº 24, 1995.

LUCCAS, Fernando Pompeu. Aspectos Gerais e Princípios. In: Daniel Carnio Costa. (Org.). **Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências**. Curitiba: Editora Juruá, 2008, v. 2, p. 17-38.

MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. **As Sociedades Cooperativas e o Regime Jurídico Concursal**. São Paulo: Editora Almedina, 2015.

MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Falência e Recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2006.

MARTINS, Adriano de Oliveira. **Recuperação da Empresa em Crise –A Efetividade da Autofalência no Caso de Inviabilidade da Recuperação**. Curitiba: Editora Juruá, 2016.

_____. **A função social da empresa como instrumento de efetividade da recuperação empresarial**. 2013. 159f. Dissertação (Mestrado em Direito) –Centro Universitário Eurípides de Marília. Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, 2013.

MARIANI, Irineu. Direito de empresa, atividade empresarial, empresa e empresário (à luz do novo Código Civil). **Revista dos Tribunais**, vol. 844/2006, p. 28-40, fev., 2006.

MEDINA; José Miguel Garcia; HÜBLER, Samuel. Juízo de admissibilidade da ação de recuperação judicial: Exposição das razões da crise econômico-financeira e demonstração perfunctória da inviabilidade econômica. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. vol. 63/2014, p. 131-144, jan., 2014.

MORAES, Francisco de Assis Basílio de. Art. 968, inc. IV, parte final. In: **V Jornada de Direito Civil**. Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. (org.). Enunciados. V Jornada de Direito Civil. Brasília: CJF, 2012.

NEGRÃO, Ricardo. **Preservação da empresa: princípio?**. 2016. 115f. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; SOUZA JÚNIOR, Arthur Bezerra de. A função social da recuperação da empresa. **Revista de Direito Empresarial**. Vol. 08/2018, 2018.

OLIVEIRA, Mateus Marques; GUIMARÃES, Michele Aparecida Gomes. O perpasso histórico do direito falimentar. **Revista de Direito Empresarial**. Vol. 20, p. 195-207, 2016.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Comentários à nova lei de falências**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

PASUKANIS, EugenyBronislanovich. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PEREIRA, Rafael Vasconcellos de Araújo. **Função social da empresa**. 2010. 121 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2010.

PINHEIRO, Maurício Mota Saboya. **As liberdades humanas como bases do desenvolvimento: Uma análise conceitual da abordagem das capacidades humanas de Amartya Sen**. Rio de Janeiro: IPEA, 2012.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; MELO, Rafael Veras Castro. **A Contraditória Relação entre Livre-Mercado e Desenvolvimento Humano: Possíveis Soluções a partir do Conceito de Capacidades em Amartya Sen**. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 49, p. 188-207, jul-dez, 2016.

_____; FIGUEIREDO FILHO, Manoel Valente. O novo Código Comercial e as perspectivas para a recuperação de empresas no Brasil diante da crise econômica. In: **Reflexões sobre o projeto de código comercial**. Fábio Ulhoa Coelho, Tiago Asfor Rocha Lima, Marcelo Guedes Nunes (coordenadores). São Paulo: Editora Saraiva, p. 551-568, 2013.

PORTO, Giovane Moraes. **Aspectos históricos do instituto do precedente judicial**. Revista Regrad: Marília, v. 09, p. 185-195, 2016.

PUGLIESI, Adriana Valéria. **Limites da autonomia privada nos planos de reorganização das empresas**. Revista do Advogado, vol. 131, p. 07-20, out., 2016.

PRECIPITO, Lis Maria Bonadio. **A função promocional do direito no desenvolvimento como liberdade**. 2014. 118f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2014.

PIPOLO, Henrique Afonso. **Princípio da preservação da empresa na recuperação judicial: uma análise de sua aplicação na jurisprudência**. 2016. 174f. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo, Saraiva, 2011.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo, Saraiva, 2009.

SALIBA, Graciane Rafisa. **Direitos humanos nas Empresas Transnacionais na era da globalização**. 2009. 149f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

SEN, Amartya; KLIKSBERG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. Tradução de Bernardo Ajzenberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

_____. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SERASA EXPERIAN. **Indicador Serasa Experian de Falências e Recuperações**. 2019. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm>. Acesso em 10jan. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de. **Agravo de Instrumento nº 2130193-45.2018.8.26.0000**. Relator Desembargador Azuma Nishi, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Diário da Justiça, 22 ago. 2018a.

_____. **Agravo de Instrumento nº 2177309-81.2017.8.26.0000**. Relator Desembargador Hamid Bdine, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Diário da Justiça, 21 fev. 2018b.

_____. **Agravo de Instrumento nº 2136872-61.2018.8.26.0000**. Relatora Desembargadora Daniela Menegatti Milano, 19ª Câmara de Direito Privado. Diário da Justiça, 26 nov. 2018c.

_____. **Pedido de Recuperação Judicial nº 1006126-28.2017.8.26.0269**. Juiz de Direito Vilma Tomaz Lourenço Ferreira Zanini, 4ª Vara Cível da Comarca de Itapetininga. Diário da Justiça. São Paulo, 12set. 2017a.

_____. **Agravo de Instrumento nº 2232856-43.2016.8.26.0000**. Relator Desembargador Alexandre Marcondes, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Diário da Justiça, 03 ago. 2017b.

_____. **Agravo de Instrumento nº 2164204-71.2016.8.26.0000**. Relator Desembargador Caio Marcelo Mendes de Oliveira, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Diário da Justiça, 18 ago. 2016a.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de **Pedido de Recuperação Judicial nº 1031917-55.2016.8.26.0100**. Juiz de Direito Daniel Carnio Costa, 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível. Diário da Justiça. São Paulo, 17 mai. 2016b.

_____. **Agravo de Instrumento nº 2184085-34.2016.8.26.0000**. Relator Desembargador Fortes Barbosa, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Diário da Justiça, 07 nov. 2016c.

Criação de Varas Empresariais e de Conflitos de Arbitragem. 2016d. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-corregedoria-varas-empresariais.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2018.

_____. **Agravo de Instrumento nº 2008754-72.2015.8.26.0000**. Relator Desembargador Ricardo Negrão, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Diário da Justiça, 15 mar. 2015a.

_____. **Pedido de Recuperação Judicial nº 1083770-40.2015.8.26.0100**. Juiz de Direito Marcelo Barbosa Sacramone, 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível. Diário da Justiça. São Paulo, 19 out. 2015b.

_____. **Agravo de Instrumento nº 2037064-59.2013.8.26.0000**. Relator Desembargador José Reynaldo, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Diário da Justiça, 22 out. 2014a.

_____. **Agravo de instrumentonº 2058626-90.2014.8.26.0000**. Relator: Desembargador Teixeira Leite, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Diário da Justiça. São Paulo, 03 jul. 2014b.

_____. **Pedido de Recuperação Judicial nº 1001062-56.2014.8.26.0038**. Juiz de Direito Antonio César Hildebrand e Silva, 3ª Vara Cível da Comarca de Araras. Diário da Justiça. São Paulo, 04 abr. 2014c.

_____. **Agravo de instrumentonº 0194436-42.2012.8.26.0000**. Relator: Desembargador Teixeira Leite, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Diário da Justiça. São Paulo, 02 out. 2012a.

_____. **Pedido de Recuperação Judicial nº0043599-63.2012.8.26.0100.** Juiz de Direito Daniel Carnio Costa, 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível. Diário da Justiça. São Paulo, 29ago. 2012b.

_____. **Curso de Direito Falimentar.** São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo, Malheiros, 2011.

SZTAJN, Rachel. Recuperação de empresa em crise: incompletude contratual e reputação. **Revista de Direito Empresarial.** Vol. 4, p. 113-117, 2014.

_____. Notas sobre o conceito de empresário e empresa no código civil brasileiro. **Revista de Direito Privado,** vol. 25/2006, p. 233-249, jan.–mar., 2006.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional da Empresa.** São Paulo: Editora Método, 2013.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PUGLIESI, Adriana Valéria. A recuperação judicial. In: **Tratado de Direito Empresarial.** Coordenação Modesto Carvalhosa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 52, p.177-204, 2016.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Empreendedorismo e função social da empresa. **Revista dos Tribunais,** v. 103, n. 946, p. 129–156, ago., 2014.

_____. **A função social da Empresa.** Revista dos Tribunais, vol. 810/2003, p. 33 – 50, abr., 2003.

TRENTINI, Flávia. **O novo conceito de empresa.** Revista dos Tribunais, vol. 813/2003, p. 11-25, jul., 2003.

TUBINO, Fidel. **Libertad de agencia: entre Sen y H. Arendt.** Disponível em: <http://red.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/biblioteca/090712.pdf>>. Acesso 15mar. 2018.

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

WAISBERG, Ivo. **A viabilidade da recuperação judicial do produtor rural**. Revista do Advogado, vol. 131, p. 83-90, 2016.

_____; WALD, Arnaldo. Artigos 47 a 49 da Lei 11.101/2005. In: **Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Lei 11.101/05, de 09 de fevereiro de 2005**. Osmar Brina Corrêa-Lima; Sérgio Mourão Corrêa-Lima. (Org.). Rio de Janeiro: Editora Forense, v. 1, p. 313-352, 2009.

WARREN, Elizabeth. **Chapter 11: Reorganizing American Business**. NY: Aspen Publishers, 2008.

ZIZEK, Slavoj. **Primeiro como tragédia, depois como farsa**. Tradução Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo Editorial, 2011.