

# **FUNÇÕES SOCIAIS NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS: UMA RELEITURA DO “MERCADO” E DA “CRISE”**

## **SOCIAL FUNCTIONS IN THE RECOVERY PROCESS OF COMPANIES: A REINTERPRETATION OF "MARKET" AND "CRISIS"**

Caio Shiguemy Cassiano ISHII<sup>1</sup>

**RESUMO:** Por meio dos princípios constitucionais e da interpretação finalística da Lei de Recuperação Judicial de Empresas n.º 11.105/05 é possível revisitar os conceitos de “mercado” e de “crise”, considerando o real significado da função social. Inevitavelmente, no período de soerguimento de uma empresa viável momentaneamente em crise, a função social supõe uma reciprocidade indissociável entre os deveres da sociedade em sentido amplo e os interesses da empresa em recuperação, distribuindo, solidariamente, o ônus do processo de recuperação para essas duas figuras. A partir dessa perspectiva, busca-se um diálogo entre a Constituição Federal e a Recuperação Judicial de Empresas, o que permite a constatação de que a “crise”, antes de ser um momento de intensa dificuldade, ela é um esforço ou um movimento a fim de melhorar os padrões sociais, morais ou intelectuais.

**Palavras-chave:** Recuperação Judicial de Empresas. Função Social. Mercado. Crise.

**ABSTRACT:** Through constitutional principles and purposive interpretation of the Judicial Recovery Business Law n.º 11.105/05 can revisit the concepts of "market" and "crisis", considering the real meaning of social function. Inevitably, the period of uplift a viable business briefly in crisis, the social function assumes reciprocity inseparable from the duties of the society and interests of the company in recovery, distributing, severally, the burden of the process recovery for these two figures. From this perspective, seeking a dialogue between the Constitution and Reorganization of Businesses, which allows the conclusion that the "crisis" before it was a time of intense difficulty, it is an effort or a movement to improve social standards, moral or intellectual.

**Keywords:** Reorganization of Companies. Social Function. Market. Crisis.

## **INTRODUÇÃO**

A recuperação judicial de empresas está prevista nos arts. 47 a 69 da Lei n.º

---

<sup>1</sup> O autor é Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR). Professor de Direito da Faculdade de Direito de Presidente Prudente/SP (Toledo). Pós-Graduando em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito de Presidente Prudente/SP. Membro representante da 29ª Subseção da OAB/SP no Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente de Presidente Prudente/SP. Membro da organização filantrópica “Trio de Dois” voltada à promoção de Direitos Humanos, por meio da construção de relações saudáveis e de inclusão social em escolas, orfanatos, asilos e hospitais. Advogado.

11.101/2005, garantindo a plenitude de um dos objetivos constitucionais, a de garantir o desenvolvimento nacional pela edificação de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º da CF/88), assegurando que a ordem econômica seja fundada na dignidade e na justiça social (art. 170 da CF/88).

A Lei de Recuperação de Empresas, também denominada de “LRE” (Lei n.º 11.101 de 9 de fevereiro de 2005) é, sem sombras de dúvidas, peça fundamental no cenário político, econômico e social do Brasil. A finalidade principal desse texto legislativo é a preservação da atividade empresarial enquanto fonte produtora de bens sociais, desde a geração e manutenção de empregos até o recolhimento de tributos, ante ao fomento de criação de produtos, bens e serviços, delineando, conseqüentemente, as estruturas da política econômica pátria.

Em relação ao revogado Decreto Lei n.º 7.661/45, a nova LRE trouxe maior otimização, profissionalização e modernização ao processo, tanto falimentar quanto de recuperação. Apesar de relevantes incongruências, seja qual fosse o benefício trazido, tratar-se-ia essa inovação legislativa como um reluzente ponto de esperança em meio ao caos provocado pelo antigo regime falimentar.

A regulamentação da falência e da recuperação de empresas definida pela Lei n.º 11.101/2005, antes de ser notoriamente inovadora, foi também necessária para que fossem possíveis os primeiros passos à materialização de uma política econômica nacional segura e estável. A sua publicação e efetiva concretização é uma das ferramentas que está alterando a realidade brasileira, possibilitando ao país figurar futuramente, com grande chance, no rol das grandes potências mundiais.

Daí a pequenez de tratar esse texto normativo, ou como mera solução para uma determinada empresa que se encontra em crise, ou como marco regulatório do Fisco, já que não constitui objetivo da lei nem a mera concessão de benefícios a devedores nem, única e exclusivamente, a garantia de arrecadação aos cofres públicos. Quando se fala em bens sociais, volta-se, desde logo, a Constituição Federal, grande norteadora e fomentadora de princípios desse teor. Da mesma forma que o Brasil experimentou um grande avanço jurídico em 1988 com a promulgação dessa Carta, também em 2005 houve uma intensa alteração jurídica no que tange a política econômica com o advento da Lei n.º 11.101.

Essa aproximação entre o que propôs essa Lei e os aspectos sociais constitucionais que a ela guardam convergência possibilita o olhar constitucional quando dá sua materialização, uma vez que o processo judicial bem como o pronunciamento que dele decorre se subordinam logicamente aos Direitos Fundamentais. Essa plano ideal não

corresponde, muitas vezes, com aquilo que acontece no plano dos fatos. Seria deveras inocência admitir a hipótese de resguardo absoluto dos almejados interesses sociais quando da alteração de normas diretamente relacionadas à política econômica, principalmente em se tratando de um país como o Brasil. Aliás, é lamentável a constatação de que boa parte dos frutos dos processos legislativos brasileiros guardam interesses particulares, tendendo a proteção de causas manifestamente incongruentes, desassociada do aspecto de proteção à coletividade.

Em parte, não difere a Lei n.º 11.101/2005 dessa realidade. Alguns dispositivos legais carecem de unicidade<sup>2</sup> entre os doutrinadores. Soma-se a isso a problemática da falta de preparação, por vezes, do Poder Judiciário de tratar de lides dessa natureza. Essa má característica é perceptível por diversos fatores, entre eles a intensa influência das instituições financeiras quando da criação do texto normativo, a morosa tramitação pela qual passou a Lei no Congresso Nacional – mais de uma década –, bem como as alterações textuais realizadas na lei nesse ínterim.

A apresentação da atual regulamentação da falência e da recuperação judicial foi enviada ao Congresso Nacional no ano de 1993, cujo conteúdo, à época, trazia tímidas modificações. Desde a sua apresentação pelo Poder Executivo até a efetiva publicação, foram feitas mais de quinhentas emendas ao texto original. Após mais de uma década de tramitação, diversas discussões e incisivas alterações, o Projeto de Lei n.º 4.376/1993 foi aprovado, sancionado como Lei n.º 11.101/2005, Lei de Recuperação de Empresas ou Lei de Falência.

Esse intervalo temporal coincidiu com os primeiros reflexos da importante alteração jurídica ocorrida em 1988. Também foi palco de vivências econômicas e sociais marcantes, como a criação da moeda “real” e as consequências na taxa cambial dessa medida, o nível de inflação caminhando por um escorrito e quase esquecido controle substancial, e, sem dúvida, os altos índices de desemprego, tão frequentes num país subdesenvolvido.

O freio contra os altos índices de desemprego é instrumentalizado pelo instituto da recuperação judicial que, juntamente com os ditames falimentares, cooperam para a ascensão da economia nacional, já que a manutenção de empresas viáveis e a redução dos riscos associados à insolvência promovem tal ideal, objetivo fundamental da LRE.

Entretanto, um fenômeno infelizmente corriqueiro no Brasil é a não efetivação

---

<sup>2</sup> É possível citar três aspectos geram intensa divergência, a título exemplificativo, tanto jurisprudencial quanto doutrinária. O primeiro versa acerca da divisão de créditos feita pela Lei de Recuperação de Empresas e a exclusão de parte deles do plano de recuperação. O segundo, sobremaneira importante, é a (im)possibilidade da recuperanda em participar de pregões em processos licitatórios. Por fim, o terceiro aspecto leva em consideração o nível de subordinação pelo qual está atrelado o magistrado competente para modificar o resultado da assembleia de credores, quando da desaprovação do plano de recuperação.

real dos objetivos colimados pelas leis, seja pelas mazelas legislativas, seja pelo despreparo do Poder Judiciário em atender lides específicas, extremamente complexas, que demandam interpretação além da literal, uma vez que não basta discriminar um objetivo justo, é necessário realiza-lo concretamente. Por isso é justificável a posição pessimista de grande parte dos cientistas do direito, reproduzida em diversas obras contemporâneas.

A superação dessas deficiências pressupõe uma análise sistemática da LRE, sendo a revisitação do que se entende por “mercado” e “crise” uma das possíveis saídas para as mazelas do referido diploma, tendo como ponto de partida, notadamente, o conteúdo da função social segundo uma distribuição solidária do ônus do processo de recuperação de uma empresa viável momentaneamente em crise.

Não se trata de menosprezar o teor literal legal<sup>3</sup>, mas de interpretar o procedimento conforme o objetivo proposto: enfatizar a eficiência do processo judicial de recuperação, promovendo a continuidade da empresa pela preservação de sua função social e a manutenção dos credores em seus interesses, desenvolvendo, conseqüentemente, a economia nacional. Eficiência do processo, função social da empresa e desenvolvimento nacional são ditames constitucionais e assim devem ser vistos, seja no aspecto interpretativo, seja em suas qualidades supremas.

No lugar do mito da perfeição e da infalível aplicação das Leis, deve se levantar a essencial atividade do intérprete: atuar com anseio em desvendar o real significado da norma, dando sentido a ela tendo em vista o mundo em que está inserida, associando o Direito Positivo às verdadeiras necessidades da sociedade. É a continuidade construtiva e interpretativa do Direito, sem a qual resultaria em morta a letra da Lei.

## **1 EMPRESA, MERCADO, PRINCÍPIOS REGULADORES E FUNÇÃO SOCIAL**

Prescinde o estudo acerca da LRE a compreensão de empresa. Conforme lições

---

<sup>3</sup> De acordo com PETTER, Lafayette Josué (**Princípios constitucionais da ordem econômica**. 2. ed. São Paulo: Editora Afiliada, 2008. p. 137-138), “em derradeira e definitiva consideração, a hierarquização formal escamoteia e deve ceder, sempre, à hierarquização substancial, pois o Direito requer uma fundamentação racional que se coloca no espaço das considerações valorativas. Ao intérprete jurídico só resta, então, o dever inafastável de palmilhar o sistema até a exaustão, examinando todas as possibilidades inseridas em sua fecunda complexidade, sempre procurando soluções mais harmoniosas com os valores sócio-culturais que a sociedade brasileira incorporou no texto constitucional”.

de Fábio Konder Comparato<sup>4</sup> (1983, p. 57), empresa significa uma instituição social que, com sua influência, dinamismo e poder de transformação, explica e define a própria civilização contemporânea. Waldirio Bulgarelli<sup>5</sup> (1996, p. 154) ainda afirma que a empresa é “um centro de imputação de direitos, deveres e obrigações, independentemente do empresário ou da sociedade empresária”.

Para Luiz Fernand Valente de Paiva (2005, p. 73), empresa é a “atividade economicamente organizada para a produção e circulação de bens ou serviços, congrega múltiplos interesses e está sujeita a ciclos de crescimento e variações de desempenho”.

Empresa é, portanto, um agente econômico. Ela não se encerra em um “ser”, nem é possível essa pormenorização na atual economia pós-moderna. O seu conceito está atrelado com o “agir”, de forma que a compreensão de empresa se dá pela análise de sua atuação no mercado. Necessariamente, definir empresa, então, implica em uma ampla observação do local pelo qual desenvolve sua atividade.

O conceito de mercado, por sua vez, também não pode ser diminuto. Recorrendo a Asquini (1996, p. 109-126), é possível conceituar o mercado como um “fenômeno poliédrico”<sup>6</sup>, ou seja, sob quatro perspectivas, cuja compreensão de uma implica, necessariamente, na existência das demais, não sendo possível a supressão de qualquer delas.

Os contornos do mercado, nessa linha de raciocínio, expressam quatro importantes dimensões a ser consideradas. São elas: a dimensão econômica, pois revela ser um lugar de troca de mercadorias; a dimensão política, pois a dinâmica de mercado é não-natural, mas sim fixada por opções políticas; a dimensão social, já que os princípios de caráter social delimitam o mercado, transformando-o em um sistema constitucionalmente assegurado; e, por fim, a dimensão jurídica, já que contrato e propriedade, antes de indispensáveis à existência das relações econômicas, são institutos jurídicos<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Continua Fábio Konder Comparato (**A reforma da empresa. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, nº 50. p. 57, abril/junho 1983), “[...] o labor intelectual do jurista tem se limitado, pouco mais ou menos, à tradicional discussão de conceitos, visando a encaixar o fenômeno da empresa no mundo fechado de suas categorias”.

<sup>5</sup> Waldirio Bulgarelli (**Sociedades Comerciais**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 316 e 154) ensina que: “Inúmeras são as leis que se referem à empresa tanto que seria impossível relacioná-las, mas pode-se perfeitamente anotar que realmente não imprimem ao termo empresa o sentido de precisão técnica necessário, ora querendo significar empresário, ora estabelecimento, ora sociedade estritamente, ora objeto de atividade, enfim uma verdadeira miscelânea que em nada contribui para o seu perfeito entendimento, exigindo do intérprete esforços inauditos”. Empresa seria, portanto, “[...] atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens”.

<sup>6</sup> Para aprofundamento do estudo, vide ASQUINI, Alberto. **Perfis da empresa**. Tradução de Fábio Konder Comparato. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 35, n. 104, p. 109-126. outubro/dezembro 1996.

<sup>7</sup> Para aprofundamento do estudo, vide FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro:**

O mercado brasileiro possui, portanto, essas quatro dimensões, abarcando o local de vida da empresa, sendo que essa, por sua vez, encontra nele razão de existir. Mesmo com esses traços marcantes, o mercado padece de forma se restrito a essas conjunturas. Nesse contexto afirma-se que Mercado e Empresa não existem se não houver direito, pois são nas normas jurídicas que encontram molde.

Merece guarida a ressalva de que ambos os institutos só ganham forma com a interpretação dos princípios a eles esculpidos, principalmente aqueles expressos na Constituição Federal. Assim, os contornos do mercado econômico norteiam a atividade empresarial, reclamando indubitavelmente pela primazia axiológica dos Direitos e Garantias Fundamentais. É por essa razão que “devem ser vistos os princípios classicamente ligados ao seu funcionamento: *livre iniciativa, livre concorrência, liberdade de contratar, e direito de propriedade*” (FORGIONI, 2009, p. 205).

O mercado enquanto fluxo de trocas fomentadas pelas empresas reclama, em primeiro lugar, por liberdade de atuação contratual. A *ratio essendi* dessa “arena de disputas” é o livre acesso a esse local, oportunizando a circulação comercial de bens, produtos e serviços. Essa acessibilidade, bem como a segurança de permanência no mercado, são próprios do capitalismo, núcleo essencial do princípio da livre iniciativa. Dele decorrem a liberdade empresarial, a liberdade contratual e a liberdade concorrencial.

Essa liberdade só ganha sentido com o segundo aspecto, já que é garantida à empresa a disputa. Ela é livre para criar, desenvolver e decretar sua própria extinção, em meio a uma área de competição marcada pela disputa de trocas entre os agentes econômicos cujo instrumento é a celebração de contratos e pela segurança de que tal atividade não será subtraída por outros indevidamente. Em outras palavras, a liberdade da empresa deve estar fincada numa arena segura de competição em que se disputam trocas que, por sua vez, são feitas por meio de contratos.

A liberdade empresarial somada à garantia da oportunidade de disputa resulta, consequentemente, na liberdade de contratar. A interação entre os agentes econômicos, vinculando uma empresa à outra, se instrumentaliza com a celebração de contratos e com o direito à execução dos mesmos, em prol do *pacta sunt servanda*<sup>8</sup>.

Prejudicadas estariam essas liberdades que estruturam o mercado se o direito

---

**da mercancia ao mercado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 186-229.

<sup>8</sup> Acrescenta Paula Andrea Forgioni (**A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 211) que “não há disputa pelas oportunidades de troca se não houver liberdade de contratar”, sendo que o bom funcionamento do sistema de mercado depende de garantir aos agentes econômicos a oportunidade de contratar.

fundamental à propriedade não fosse eficazmente promovido. Conforme lições de Orlando Gomes (1987, p. 15-16), a verdadeira função do contratualismo é estimular a circulação de bens, objeto de propriedade, e por essa razão que ele passa a ser o centro da relação negocial, um instrumento, por excelência, da vida econômica. Não é atoa que a Constituição Federal colocou o direito de propriedade como pressuposto da ordem econômica, dando-lhe caráter fundamental, conforme o disposto nos artigos 170 e 5º *caput* e inciso XXII.<sup>9</sup>

Esses atributos inerentes à atividade comercial não significa sejam eles irrestritos, desordenados ou absolutos. O sistema jurídico clama pela legalidade dos atos, públicos ou privados, limitando, nesse caso, os direitos e liberdades econômicas dentro da licitude assim proposta. A atual complexidade da sociedade contemporânea é cristalina em revelar esses limites, ante os necessários regramentos em diversificados ramos do direito com o intuito de operacionalizar as relações jurídicas, como as trabalhistas, as de consumo, as de concorrência, as ambientais, etc.

Chama a atenção o fato de tais normas possuírem intenso caráter social, consequência precípua da analítica Constituição Federal de 1988, revelando um importante ponto a ser analisado, bem como um norte a ser perquirido, quando se fala em atividade econômica. De todas as axiologias propostas constitucionalmente, destaca-se, notadamente, a função social da empresa e o estímulo à atividade econômica, tão conclamados pela LRE e pelas melhores Legislações econômica-regulamentadoras domésticas.

Nos dizeres de Fábio Konder Comparato (1995, p. 9) “Função, em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular”<sup>10</sup>. No mesmo sentido, Bulgarelli (1997, p. 170) ensina que “são ideias humanitárias que correspondem aos anseios de justiça social de nossa época e que não deixam de encontrar amparo jurídico nas disposições constitucionais”.

Por ser a empresa célula embrionária da economia e núcleo balizador das políticas econômicas nacionais, não surpreende o fato de a empresa constituir um centro de interesses em diversas frentes, entre elas o dos trabalhadores, o do Estado, o dos credores, o dos consumidores, o da sociedade participativa, o do próprio empresário, e diversos outros. Lafayette Josué Petter (2008, p. 232) lembra que “não por acaso o *princípio da função social*

---

<sup>9</sup> Ensina Paula Andrea Forgioni (*A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 219), que “a propriedade é um instituto jurídico, tem lugar e é assegurada por conta do direito. [...] A inexorável conclusão é que não há mercado sem o direito, que garante a propriedade e, pois, o objeto das trocas”.

<sup>10</sup> O eminente autor continua (COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995. p.9), afirmando que “[...] a ilicitude, aí, não advém apenas das irregularidades formais, mas também do desvio de finalidade [...]”.

*da propriedade* se coloca na sequência dos vetores maiores que norteiam a ordem constitucional econômica, logo em seguida ao princípio da propriedade privada”.

Numa redução conceitual, seria possível identificar, grosso modo, o centro de interesses de cada um desses sujeitos. Para o empresário privilegia-se, notadamente, o lucro como objetivo; aos trabalhadores, interessa o salário pago pontualmente e a manutenção digna do seu emprego; aos credores importa a satisfação dos seus créditos, conforme contratualmente convencionado; os consumidores pretendem saciar seu consumismo e sua sina pelo novo, desde que esse não represente a colocação no mercado de bens ou produtos danosos.

A exposição do parágrafo anterior não pode ser lida literalmente no que se refere à simplicidade. Há uma complexidade de interesses advinda da atividade empresarial, “a que é preciso atender” conforme lições de Bulgarelli (1997, p. 71), “justificando-se certas restrições, limites, obrigações, ônus e responsabilidades impostos ao empresário, como agente dessa atividade e, portanto, centro de imputabilidade”. Aliás, é inevitável que a tutela desses interesses supere as fronteiras do Direito Comercial, encontrando em outros ramos do Direito uma forma de real eficácia de proteção.

Continua o eminente autor (1997, p. 70-71), afirmando que “a atividade desenvolvida pelo empresário tem como fim a realização de interesses que ultrapassa aqueles egoísticos do agente, e, portanto, gera um poder-dever do sujeito da atividade funcional”<sup>11</sup>. O direito de liberdade à iniciativa no campo empresarial não é, naturalmente, um direito absoluto, na medida em que o livre comércio constitui direitos e obrigações multifacetários, numa composição jurídica pública, antes, inclusive, de ser privada. O sistema econômico nacional é composto por essa miscelânea entre público e privado e, por conseguinte, é insustentável a ideia de uma atividade empresarial exclusivamente privada, já que está subjacente o interesse público de ordem econômico-social.

Vale lembrar que a função social está elencada como princípio da ordem econômica (art. 170, inciso III, da Constituição Federal), bem como no rol de direitos fundamentais (art. 5.º, inciso XXIII, da Constituição Federal), axiologia essa que forma um conjunto semântico, passível de ponderação e interpretação conforme a constituição, enquadrando-se nos termos do constitucionalismo atual. Por isso não há congruência em dotar a função social como uma norma meramente programática. Mas, bem ao contrário, possui ela

---

<sup>11</sup> De acordo com Waldirio Bulgarelli (*Tratado de direito empresarial*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 74), é notório que há, “em relação à atividade da empresa, uma certa função social, justificadora da imposição de certas obrigações e de certas responsabilidades além da própria disciplina jurídica da empresa, que em si, já constitui uma limitação, em termos de liberdade de iniciativa”.

eficácia imperativa, já que dela depende a realização dos objetivos mais mezinhos do Estado Democrático de Direitos, quais sejam, a construção de uma sociedade em conformidade com o artigo 3º da Constituição Federal.

A função social da empresa constitui não só um dever-ser com o qual as empresas estão subjugadas, mas, também, um interesse constitucional de toda a sociedade, inclusive da empresa em crise quando sua preservação solidifica ainda mais os estados ideais propostos pela Constituição Federal. Sendo assim, as proposições da máxima superioridade, máxima força jurídica, máxima importância do conteúdo e máximo grau de indeterminação que norteiam os Direitos Fundamentais são aplicáveis (ALEXY, 2003, p. 32-37). Antes de ser um dever da empresa, a função social é um Direito Fundamental da sociedade, que se sacia da ordem pública expressa no art. 170 da CF.

## **2 A “CRISE” E OS INTERESSES METAINDIVIDUAIS**

De regra, no senso comum, o termo “crise” está associado à figura do “erro”, de modo que se alguém é acometido por uma crise, esse alguém, em algum momento, cometeu algum erro. A princípio, a afirmação não está toda incorreta, pois tanto a crise quanto o erro fazem parte da vida de qualquer pessoa. Mas não é verdadeira a conotação semântica de semelhança entre esses dois termos.

Erro significa “desvio do bom caminho”. A despeito de o Brasil, tanto estruturalmente, quanto politicamente, ter inúmeros motivos<sup>12</sup> que induzem a esse desvio, a crise, em um sentido amplo, nem sempre é motivada por uma escolha equivocada. Crise pode ser muito mais próxima da “mudança” do que do “erro” propriamente dito e essa perspectiva deve ser considerada na análise da política econômica, notadamente da recuperação judicial de empresas. A evolução legislativa, de concordata à recuperação judicial, foi, claramente, entre outras, uma tentativa de diferenciar o erro e a crise empresarial.

Oportuno destacar que, diante da economia cada vez mais globalizada e dos avanços tecnológicos, principalmente dos meios de comunicação, a economia de um país capitalista está cada vez mais dependente de fatores externos. Contemporaneamente, os

---

<sup>12</sup> Esses inúmeros motivos decorrem de problemas nacionais crônicos, a começar da corrupção que, por vezes, parece estar tatuada na sociedade como um todo. Ademais, o sufrágio universal proposto pela Carta Constitucional de 1988, a cada eleição, demonstra ser cada vez mais falido e doente, potencializando o voto e a “legitimidade” da maioria em detrimento dos reais objetivos da democracia.

Estados estão experimentando uma verdadeira subtração de sua soberania pela maximização da influência dos agentes globais e do mercado mundial. Essa situação corrobora para uma releitura do que se entende por “crise”, já que especificamente do setor empresarial, um momento de dificuldades pode decorrer de situações alheias à própria atuação do administrador.

Esse embaraço na marcha dos acordos e negócios, segundo Fábio Ulhoa Coelho, pode derivar de diversos fatores, sistematizando em três distintas espécies: crise econômica, crise financeira e crise patrimonial. “Por crise *econômica* deve-se entender a retração considerável nos negócios desenvolvidos pela sociedade empresária” (2008, p. 231). Já a crise financeira “revela-se quando a sociedade empresária não tem caixa para honrar seus compromissos” (2008, p. 231). Por sua vez, “a crise *patrimonial* é a insolvência, isto é, a insuficiência de bens no ativo para atender à satisfação do passivo” (2008, p. 232).

Diante do quadro das políticas adotadas no Brasil, especialmente àquelas referentes aos tributos, não é raro que as empresas suportem essas três espécies de crise em determinados momentos da sua existência, já que, como num efeito dominó, um problema leva, por vezes, ao surgimento de outros. Cabe consignar que o território brasileiro é *sui generes* quando se trata de fatores que implicam na quebra de uma empresa. As altas taxas de juros em prol do sistema bancário, os baixos índices de desenvolvimento econômico nacional, as crescentes investidas tributárias contra a viabilização do pequeno, médio e grande empresário, os índices flutuantes do dólar e da inflação, etc., são apenas a retratação de um rol exemplificativo da infinidade de razões pelos quais justificam a LRE. A crise, portanto, além de constituir pressuposto da LRE, possui inúmeras naturezas em razão da sociedade neoliberal capitalista na qual o Brasil, contemporaneamente, está inserido.

A regulamentação jurídica da falência e da recuperação empresarial são divisores de águas entre aquelas inviáveis que devem ser descartadas do quadro mercantil e aquelas viáveis, momentaneamente em crise, que devem ser preservadas em prol do mercado. Aliás, é essa a gênese do “dever ser” da Lei n.º 11.101/2005 – nem toda falência significa um mal, nem toda recuperação um bem. Por vezes, a relocação dos recursos por meio da falência de uma determinada empresa é o único caminho para a efetiva geração de riquezas, constituindo, verdadeiramente, um bem à economia de forma geral.

Recuperar uma empresa viável que passa por uma crise temporária significa o “normal funcionamento das forças do livre mercado. Isso costuma ser chamado de ‘solução de mercado’” (COELHO, 2008, p. 234), traduzida e *judicializada* pela LRE. Ou seja, a recuperação de empresas, na forma judicial, traduz o ímpeto do livre mercado em

consonância com a finalidade deste. Em outras palavras, é a *judicialização* da própria solução de mercado à crise da empresa.

“Nesse contexto, pode-se afirmar que, em *princípio*, se não há solução de mercado para a crise de determinada empresa, é porque ela não comporta recuperação” (COELHO, 2008, p. 235), nem voluntária, nem sob a ajuda de terceiros, muito menos judicial. Injustificável, portanto, a intervenção estatal para tentar recapitalizar e reorganizar um negócio que o próprio mercado já o condenou falido. Esse parágrafo revela uma simplicidade que seria realmente perfeita se fossem totalmente verdadeiras tais palavras, em todo o tempo. Porém, por trás dessa afirmação, deve o hermenauta questionar a quem compete a decisão da viabilidade ou não de uma empresa: as regras flexíveis no mercado ou o devido processo legal no Judiciário.

O mercado é um sistema global e complexo, indefinido pela extraordinária quantidade de ramificações e regramentos, cujo conjunto de relações ali estabelecidas define a política econômica de determinado país. Essas relações atingem, direta e indiretamente, a economia como um todo, possibilitando ora a realização de um sonho de desenvolvimento econômico forte e sustentável, ora o pesadelo de um brusco recasso com restrições de investimentos, desemprego em massa e sufocação de pequenas e médias empresas.

Daí a razão de existir do instrumento de recuperação na Lei n.º 11.101/2005, demonstrando que o Poder Judiciário não pode ficar inerte diante do sistema “mercado” que se qualifica pela volatilidade e inconsistência e não contempla, por inúmeras vezes e razões, solução adequada à empresa em crise. “O instituto da recuperação [judicial] da empresa tem sentido, assim, no capitalismo para corrigir disfunções do sistema econômico, e não para substituir a iniciativa privada” (COELHO, 2008, p. 237).

Além disso, quando levado ao Judiciário, a bilateralidade relacional que qualifica os negócios empresariais cai por terra. A tutela jurisdicional que se busca pela aplicação da Lei n.º 11.101/2005 não se verifica, tão somente, na relação entre credor e devedor. Os anseios dessas figuras, a bem da verdade, ficam subjulgados pelo objetivo a que se destina a LRE e pelo resguardo dos Direitos Fundamentais coletivos envolvidos na demanda. Avelãs Nunes afirma que “as empresas representam um valor objectivo de organização, um todo resultante do esforço organizador do empresário e do trabalho do pessoal, que esse conjunto representa um valor especial do ponto de vista econômico” (2001, p. 30).

Há metainteresses que gravitam em torno da empresa quando esta cumpre com sua função social, colocando em jogo, inclusive, os objetivos fins dos Direitos mais essenciais

que guarnecem o Estado. Toda a sociedade vive as consequências da política econômica adotada e, sendo a recuperação judicial um dos influenciadores ímpares da macroeconomia, não há dúvidas quanto ao tamanho da sua importância e das consequências que gera.

Enquanto o Poder Público e a autonomia privada carecerem de ferramentas que resguardem com efetividade esses metainteresses coletivos, o Poder Judiciário não pode se imiscuir de cumprir a garantia constitucional de acesso à justiça. Há aqui uma das funções mais precípuas do processo na recuperação judicial, qual seja, a de viabilizar o desenvolvimento econômico servindo como instrumento de inclusão social, atuando em prol da coletividade contra a mesquinha egoística da mera satisfação do crédito ou solubilidade empresarial a quaisquer custos.

Nesse contexto, é oportuna uma das dez definições do termo “crise” na língua chinesa<sup>13</sup>: é o esforço ou movimento a fim de melhorar os padrões sociais, morais ou intelectuais. Assim deve ser tratada a crise na recuperação judicial de empresas e na falência, óptica essencial para que se faça cumprir a função social da empresa que é, indubitavelmente, um ônus à empresa de cumprir com o papel constitucional que lhe foi atribuída e, ao mesmo tempo, um ônus à sociedade de suportar as intempéries do mercado contra uma empresa bem administrada e viável econômica e financeiramente. Esses deveres mútuos da empresa e da sociedade sintetizam a distribuição solidária dos pesares de uma recuperação judicial, colocando-as, tanto a sociedade como a empresa, como responsáveis na medida razoável e proporcional de cada um.

## CONCLUSÃO

Parece incongruente falar em teorias que contemplem maior efetividade aos Direitos Fundamentais num Estado que é Democrático de Direitos e que tem como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. É possível que um país pautado nesses valores não dê, naturalmente, máxima efetividade jurídica aos Direitos e Garantias Fundamentais?

Fosse negativa a resposta, nem o paradigma que rechaça todo o Poder Público, nem a crise social que possui contornos globais, haveria razão de existir. Especialmente no

---

<sup>13</sup> A referência está em língua inglesa: *an effort or movement to improve social, moral or intellectual standards*. Cf. JIANMIAO, disponível em <<http://dict.cn/>>, acesso em: 25 de outubro de 2011.

Brasil, a prática revela que o desenvolvimento proposto pelas autoridades que estão à frente do país, muitas vezes, não são paralelos à tutela efetiva dos Direitos Fundamentais. Trata-se de um governo “do” povo, mas não “para” o povo, reduzindo em pura falácia os ditames constitucionais, retirando o que há de mais importante em uma nação: a sua identidade.

O poder de subjugar que outrora estava nas mãos dos senhores feudais, reis absolutistas, ditadores, agora faz parte do Estado Democrático legitimado pelo sufrágio e pela deficiente democracia formal. A realidade social mostra, ainda, que esse poder não se limitou às fronteiras públicas estatais e ganhou feições privadas. O domínio dos mais fortes sobre a massa mais fraca invadiu as relações particulares, fazendo jus à gênese desmedida do sistema capitalista. Os antigos reis absolutistas ganharam uma nova roupagem, quiçá, com poderes até maiores que os do Estado, confirmando a *hobbesiana* afirmação de ser o homem lobo de si mesmo.

Sob essa perspectiva teve início o estudo da recuperação judicial de empresas regulamentada pela Lei 11.101/2005, tendo por consideração a substancial diferença de poderes entre a hipossuficiente empresa recuperanda frente aos, muitas vezes gigantes, credores. A empresa que respeita os Direitos e Garantias Fundamentais, mormente os tangentes a sua função social, quando recorre ao Processo de Recuperação Judicial, revela ao menos duas importantes considerações: primeiro, há uma crise estabelecida, não pelo cometimento de um “erro”, mas sim como um esforço a fim de melhorar os padrões sociais e culturais; segundo, os interesses desse conflito postos ao Judiciário são metaindividuais por decorrerem da função social da empresa, fazendo com que se sobreponham tanto o interesse da empresa de recuperar-se e quanto o dos credores de satisfazerem seus créditos.

Essa é a razão da análise constitucional do processo de recuperação judicial de empresas. Se há Direitos Fundamentais em cena e interesses com princípios constitucionais subjacentes, a presença da constitucionalização da recuperação judicial, no limite da razoabilidade e proporcionalidade, revela-se como um marco de separação e ponto de equilíbrio entre a rigidez legislativa e a eficiência do processo judicial na recuperação de empresas. O papel do Judiciário, portanto, não se esvai na legalidade dos atos ou na homologação do plano de recuperação. A tarefa que constitucionalmente lhe compete é a de encontrar, na Carta Maior, dentre as várias possíveis, a melhor justa medida que realize o desenvolvimento econômico.

Assim, há um intenso clamor social, sobretudo em tempos em que a violação aos Direitos Fundamentais parece estar enraizada profundamente nas estruturas do Estado e, inclusive, da cultura brasileira. Nesse sentido, o presente trabalho assim questionou: a

transformação constitucional garante uma genuína forma de tornar o Direito um instrumento eficaz de inclusão social e de resultados socialmente satisfatórios?

Por certo, o Direito jamais poderá ser pautado exclusivamente por fórmulas absolutas ou por raciocínios matemáticos econômicos. O que se pondera em seara jurídica não são números, mas valores adstritos à existência do Estado Democrático de Direitos. Propõe-se, assim, um esforço de todos, tanto do Poder Público quanto dos entes privados, para fazer do discurso normativo uma realidade social, mesmo em meio a uma maioria que acredita que pouco pode ser feito para afastar esta realidade marcada pela corrupção, injustiças e violações.

A mais profunda transformação que o Brasil pode experimentar não é nem tanto referente ao poder público, é sim, com toda a certeza, a mudança da conspícua mente do brasileiro tendente à corrupção. Não há desenvolvimento econômico sem preservação da justiça social. São valores que não se rompem nem podem se separar, mas somente deixarão o papel da Constituição Federal para se tornarem realidade a partir de uma mudança estrutural da sociedade, que começa individualmente com cada brasileiro assumindo a corresponsabilidade pelo desenvolvimento da democracia, aceitando o bônus e, ao mesmo tempo, o ônus de ser cidadão.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASQUINI, Alberto. **Perfis da empresa**. Tradução de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 35, n. 104, p. 109-126. outubro/dezembro 1996.

BULGARELLI, Waldírio. **Sociedades comerciais: sociedades civis e sociedades cooperativas; empresas e estabelecimento comercial; estudo das sociedades comerciais e seus tipos; conceitos modernos**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 1996. 387p. ISBN 85-224-1406-8

BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de direito empresarial**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997. 287 p. ISBN 85-224-1720-2

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 3**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, 466 p. ISBN 978-85-02-07196-4

COMPARATO, Fábio Konder. **A reforma da empresa.** São Paulo: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. n° 50. p. 57, abril/junho 1983

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres.** São Paulo: Saraiva, 1995. 553p. ISBN 85-02-00694-0

JIANMIAO, Fan. **Online dictionary word sea by the United States Indiana University's Dr. Fan Jianmiao created.** Disponível em <<http://dict.cn/>>. Acesso em: 25 de outubro de 2011.

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 271 p. ISBN 978-85-203-3449-2

GOMES, Orlando. **Contratos.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 592 p.

NUNES, Antonio José Avelãs. **O direito de exclusão dos sócios nas sociedades comerciais.** 1. ed. São Paulo: Cultural Paulista, 2001. 296 p. ISBN 85-86776-11-4

PAIVA, Luiz Fernando Valente de. **Apresentação do plano de recuperação pelo devedor e a atuação dos credores.** *Revista do Advogado*. n° 83. ISBN 0101-7497

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica.** 2. ed. São Paulo: Editora Afiliada, 2008. 365 p. ISBN 978-85-203-3301-3

SANTOS, Sergio Roberto Leal dos. **Manual de teoria da constituição.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 255 p. ISBN 978-85-203-3341-9