

INTERVENÇÃO DO ESTADO SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO E A POSSIBILIDADE DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE SOCIEDADE EM COMUM

*STATE INTERVENTION ON ECONOMIC DOMAIN AND THE POSSIBILITY OF JUDICIAL
REORGANIZATION OF THE COMPANY IN COMMON*

Juliana Hinterlang dos Santos¹

Marlene Kempfer²

Resumo

A Constituição Federal de 1988 apresenta o regime jurídico econômico em seu Art. 170 e que deve fundamentar as ações dos governos de intervenção por meio das formas enumeradas no Art. 174. Entre estas modalidades destaca-se, neste estudo, a normativa que introduziu no ordenamento jurídico normas pertinentes às Sociedades em Comum conforme artigos 986 a 990 do Código Civil (2002). Tendo em vista a crise econômica que as empresas podem enfrentar e a possibilidade de sua recuperação, inclusive as Sociedades em Comum, o objetivo da pesquisa é analisar as vedações nos artigos 48 e 161 da Lei 11.101/2005, para a recuperação judicial ou extrajudicial destas sociedades. Os argumentos que legitimam esta interpretação são, especialmente, a valorização do trabalho, pleno emprego, livre iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, dever fundamental de pagar tributos. Defende-se que ao magistrado seria possível tal interpretação condicionando o deferimento da recuperação judicial ou extrajudicial à constituição societária e aos registros legalmente exigidos. Desta forma atende-se, também, a finalidade deste instituto que é preservar as empresas para que cumpram a sua função social.

Palavras-Chave: Intervenção do Estado Sobre o Domínio Econômico; Recuperação de Empresa, Sociedade em Comum

Abstract

The Constitution of 1988 provides the economical law in its Article 170 and which should underpin the actions of governments to intervene through the forms listed in Article 174. Among these modalities, stands out in this study the normative rules, which introduced the legal standards relevant to all societies in common as Articles 986-990 of the Civil Code (2002). Given the economic crisis that companies may face the possibility of their recovery, including Societies in common, the goal of research is to analyze the seals in Articles 48 and 161 da Law 11.101/2005, for judicial or extrajudicial recovery of these societies. The arguments that legitimize this interpretation are especially the valuation of work, full employment, free enterprise, free competition, consumer protection, fundamental duty to pay taxes. It is argued that the magistrate could such interpretation conditioning the grant of judicial or extrajudicial the corporate constitution and records required by law. Thus meets up also the purpose of this institute is to preserve the companies that fulfill their social function.

Key-Words: State Intervention About the Economy; Recovery of Company, Company in Common

INTRODUÇÃO

O Estado tem competência para intervir sobre o domínio econômico nos termos do

¹ Aluna Regular do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Email: julianahinterlang@uol.com.br

² Doutora pela PUC/SP em Direito do Estado; professora da graduação e especialização na PUC/Londrina e UEL; coordenadora do Programa de Mestrado em Direito Negocial da UEL. Email: mkempferb@gmail.com

Art. 174 da CF/88. Nesta pesquisa destaca-se a normativa, especificamente, ao disciplinar as Sociedades em Comum, conforme Art. 986 do Código Civil Brasileiro (2002). Esta regulação reconhece a organização econômica mesmo sem seus atos constitutivos e de registro público, mas, estabelece as responsabilidades dos sócios entre si e com terceiros.

O objetivo deste estudo está em analisar a vedação estabelecida pela Lei 11.101/2005, para a recuperação judicial ou extrajudicial das Sociedades em Comum, de acordo com os Arts. 48 e 161. Tal pesquisa é importante, pois é elevado o número destas sociedades no mercado brasileiro e contribuem de forma significativa para a geração de renda, postos de trabalho e aumento da concorrência. Por outro lado deixa-las à margem do sistema jurídico significa omissão diante da possibilidade de promover a inclusão econômica.

A Lei de Falências e Recuperação em seu Art. 48 proíbe que as Sociedades em Comum possam, em situação de crise financeira, buscar por meio da recuperação judicial ou extrajudicial pagar suas dívidas privadas ou públicas, manter empregados, enfim, continuar atuando no mercado e assim cumprir a sua função social por meio da preservação da empresa.

A pesquisa aponta fundamentos constitucionais, no capítulo que trata da ordem econômica, que podem apoiar a decisão judicial que conceda ou homologue a recuperação considerando-se que a atividade empresarial é fundamental para o mercado interno. Entre tais princípios tem-se que a manutenção da empresa possibilita a continuidade e novos empregos formais (valorização do trabalho humano e o pleno emprego), contribui para um ambiente concorrencial (livre concorrência), oferta de produtos e serviços inclusive inovações tecnológicas (tutela dos interesses dos consumidores), satisfaz os credores privados e públicos (dever fundamental de pagar tributos). Além destes argumentos atingirá a finalidade do Art. 48 da já referida função social das empresas.

Apresenta-se a defesa de que o reconhecimento judicial do direito à recuperação fique condicionada, em prazo razoável, a constituir sociedade e atender todas as formalidades previstas no Código Civil, sob pena de indeferimento do pedido.

Acrescente-se que esta interpretação busca realizar a justiça no sentido de que as Sociedades em Comum não podem usar do argumento da informalidade para fugir de deveres que são impostos a todas as empresas. Ou seja, deve responder por débitos tributários (Art. 126, II CTN), por obrigações consumeristas (Art. 3º CDC) e por dívidas trabalhistas (Art. 2º CLT). No entanto, não lhe é permitido buscar o importante mecanismo da recuperação que possibilita a permanência econômica no mercado.

Esse estudo pretende colaborar no sentido de trazer mais uma possível interpretação do Art. 48 da Lei 11.101/05, tendo por fundamento o atual regime jurídico constitucional

econômico e a finalidade de preservar a empresa e assim viabilizar a sua função social.

Para este artigo recorreu-se à metodologia de revisão bibliográfica e de pesquisa jurisprudencial.

1. INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Para compreender o atual sistema de intervenção do Estado nas relações econômicas e que influenciaram o regime jurídico econômico brasileiro trazido pela Constituição Federal de 1988, é importante apresentar destaques históricos para demonstrar as principais influências doutrinárias sobre o desenvolvimento econômico, mas, com foco somente sobre o papel do Estado nas relações e desenvolvimento econômico.

No final do século XVIII, reinou o liberalismo econômico, tendo como precursor idealizador Adam Smith (1723), que por meio da sua obra “Riqueza das Nações” de 1776 com edições até 1786. Nesse momento, segundo Eros Grau (2008) “a ordem econômica existente no mundo do ser não merecia reparos. Assim, bastava o que definido, constitucionalmente, em relação à propriedade privada e à liberdade contratual, ao quanto, não obstante, acrescentava-se umas poucas outras disposições veiculadas no nível infraconstitucional”. Esta realidade justificava a mínima intervenção estatal no campo econômico, somente para garantir a liberdade contratual (autonomia de vontade), direito à propriedade privada, a livre iniciativa e a concorrência. O ponto central deste pequeno papel estatal diante das políticas econômicas é porque o mercado tinha seus mecanismos de própria regulação (economia de mercado) e de promover o bem-estar para sociedade (GENNARI; OLIVEIRA, p.60).

Em um segundo momento e em face das externalidades negativas sociais e econômicas de uma sociedade industrial, apontadas como consequência do modelo de não intervenção liberal, passam a ganhar espaço as ideias da Escola Marxista liderados por Karl Marx (1818-1883), que com seu livro “O Capital” (1867) tratou com muita propriedade sobre as relações entre o valor-trabalho e o capital e a mais-valia. Apontando as contradições do sistema capitalista apostou na sua autodestruição. Neste sentido (Hunt; Sherman, 136 a 147) defendia o socialismo revolucionário como forma de combater o capitalismo. Opunha-se a outra corrente denominada reformista, dentro do movimento socialista, tendo à frente Partido Social Democrata (Alemanha) e o Partido Trabalhista (Inglaterra), que defendiam as reformas pacíficas para superar o capitalismo, recorrendo aos governos e seus instrumentos legislativos. Ou seja, defendia um papel intervencionista para o Estado, em especial, sobre a autonomia de

vontade diante de direitos trabalhistas, a função social da propriedade em face da concentração de capital e as condições de vida do proletariado. Comprovaram que a intervenção legislativa não era suficiente e estes partidos passaram a “propugnar por uma legislação mais liberal e pela melhoria das condições dos pobres. Isto basta para que tenha uma sociedade justa e boa.” (Hunt; Sherman, p.146.)

Em um terceiro momento pode-se indicar como representativa a contribuição de John Maynard Keynes (1883-1946) que entre várias obras é elogiado pela publicação de “Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda” (1936), que influenciou na construção de políticas públicas que promovessem a intervenção estatal na vida econômica com o objetivo de conduzir ao pleno emprego, controlar variáveis econômicas e ser produtor e consumidor de bens e serviços. O Estado devia ser impulsionador do bem-estar coletivo. (Shermann cap.XI)

Em um quarto momento pode-se destacar os principais pensadores neoliberais que foram Friedrich A. Hayek (1889-1992) e Milton Friedman (1912-2006). Entre as obras destaca-se “O caminho da servidão” (1944) e o “Capitalismo e Liberdade” (1962), respectivamente. Defensores do liberalismo econômico e da democracia, da livre concorrência, da liberdade individual, bem como da necessidade da redução do papel do Estado na economia (Estado mínimo) para proporcionar um mercado livre saudável. Hayek, em 1945, tinha como alvo o Partido trabalhista inglês, contra o Estado do bem-estar social europeu e o *New Deal* norte-americano (políticas Keynesianas de solidarismo) Nesta luta engajou-se Milton Friedmann e as seguintes ideias passaram a ser conhecidas como políticas econômicas neoliberais: o mercado deve ser o ponto central de toda a atividade econômica e social.(GENNARI; OLIVEIRA, p. 321-330). A intervenção do Estado é vista como desnecessária na atividade econômica e eximem o Estado de gastos sociais.

Cada uma dessas doutrinas, ao seu tempo e ainda na atualidade alimentam importantes discussões sobre o grau de intervenção do Estado sobre e no domínio econômico , além de continuar fundamentando políticas econômicas governamentais em busca de soluções para as graves crises que estão a gerar desemprego e diminuição do ritmo econômico tanto em seu aspecto quantitativo (PIB) e qualitativo (sustentabilidade social). Exemplos destas influências ocorreram em governos de diversos países ocidentais³, assim como no Brasil⁴. No

³ Pode-se citar a política do New Deal, desenvolvida por Franklin Delano Roosevelt, em 1933. Consistia, basicamente, no investimento maciço em obras de infraestrutura e geração de emprego, visando que os cidadãos voltassem a consumir, as empresas aumentassem a produção, com maior contratação de funcionários. “A presença do Estado nas questões sociais (saúde, ensino, trabalho, etc.) é flagrante ruptura com o liberalismo clássico, contra o qual já se insurgira Keynes”, conforme entendimento de Lenio Streck (2004, p. 59).

⁴ Como se sabe, as reformas empreendidas durante os oito anos de Fernando Henrique Cardoso (FHC) como presidente seguiam nas linhas gerais aquelas preconizadas pelo chamado Consenso de Washington, como a abertura comercial e financeira, as privatizações e as reformas pró-mercado (que eliminaram a capacidade de planejamento e intervenção do Estado na atividade econômica) e a condução ortodoxa da política econômica (juros altos e contenção de gastos correntes) (Teixeira; Pinto, 2012).

caso brasileiro, é possível apontar no texto constitucional de 1988 e nas recentes políticas governamentais as influências do neoliberalismo no aspecto de diminuição patrimonial mas fortalecimento do Estado regulatório. .

A partir da breve exposição doutrinária acima é possível afirmar em uma concepção normativista que cada Estado, a partir de sua Constituição, define o papel do Estado no âmbito econômico. No entanto, respeitados os limites constitucionais, cada governo poderá implementar suas políticas mais ou menos interventivas a partir de uma concepção político-partidária sobre o papel do Estado em face das múltiplas relações humanas, inclusive, as econômicas.

Quanto ao Brasil, a Constituição de 1988 em especial no seu Art. 170 autoriza os governos programarem políticas intervencionistas, tendo como paradigmas os princípios gerais da atividade econômica. E o fundamento da intervenção deve ser para garantir a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Os valores que devem ser considerados são o da dignidade e da justiça social. Os meios para a intervenção estão enumerados nos Arts. 173 e 174 da CF/88.

Nos termos do Art. 173 poderá intervir na exploração direta da atividade econômica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou quando for de relevante interesse coletivo. Essa primeira modalidade é chamada por Grau (2008) de intervenção do Estado *no* domínio econômico, onde a intervenção faz do Estado um agente econômico, devendo submeter-se ao regime jurídico econômica da iniciativa privada.

O foco desta pesquisa está na forma interventiva prevista no Art. 174 que garante competência aos governos para atuar como agente normativo (regulador), de fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica. Para tanto atua o Estado por meio dos órgãos Executivo, Executivo e Judiciário. Pode-se chamar essa interferência de indireta, ou como prefere Eros Grau (2008) “intervenção do Estado sobre o domínio econômico”.

Para Araújo e Nunes (2005) “essa intervenção tem dois propósitos básicos: preservar o mercado dos vícios do modelo econômico (concentração econômica, condutas concertadas etc.) e assegurar a realização dos fins últimos da ordem econômica, quais sejam, propiciar vida digna a todos e realizar a justiça social”.

Celso Ribeiro Bastos (2005) entende que a intervenção indireta está estritamente ligada ao condicionamento, motivação ou enquadramento da atuação dos atores econômicos por parte do Estado, “nada obstante o fato de ele mesmo não assumir nenhum papel como produtor ou distribuidor de bens e serviços”.

1.1 INTERVENÇÃO NORMATIVA SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO

No exercício da competência de intervenção normativa destaca-se a função típica do Legislativo na produção de normas inaugurais para disciplinar as relações econômicas. No termos do Art. 24, I da CF/88 “compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico”. Portanto, podem legislar os membros da federação submetendo-se, quando sobrevier, às normas gerais uma vez que estas se impõem às ordens jurídicas das demais unidades federativas. Sob qualquer das formas de competência federativa devem respeitar o regime constitucional econômico.

Os aspectos materiais desta intervenção que serão destacados, tendo em vista o estudo que analisa o direito à recuperação judicial das sociedades comuns, dizem respeito a intervenção estatal à que se refere o Art. 170 da CF/88 e que deve promover a função social das empresas (III), a valorização do trabalho humano e a busca do pleno emprego (*caput* e VIII), a defesa do consumidor (V), a livre concorrência (IV), a livre iniciativa (parágrafo único), além do dever fundamental constitucional de pagar tributos (Art. 145 e 165).

Estes princípios permitem concluir que a ordem jurídica econômica referida positivou sobremaneira os ideários de doutrinas que reconhecem a liberdade e a propriedade privada, mas, que há permissão jurídica para intervenção estatal objetivando conciliar o exercício de direitos individuais com direitos sociais e transindividuais. Não sendo possível a convivência os governos devem deixar de lado a neutralidade da isonomia formal e intervir por meio dos órgãos Legislativo, Executivo e Judiciário em defesa:

- i) Função social das empresas trata do reconhecimento constitucional de que as unidades econômicas que praticam atividade econômica são fundamentais ao domínio econômico, pois promovem inúmeras externalidades positivas ao conjunto da sociedade, entre elas: geração de empregos, inovações tecnológicas, concorrência, arrecadação de tributos. Neste sentido os governos devem promover políticas de inclusão ao mercado, por meio de estímulo, inclusive àqueles que estão na informalidade para que tenham oportunidades de ingresso e permanência. Este princípio deve nortear, portanto, as interpretações das normas em vigor que disciplinam as mais diversas relações empresariais, tanto daquelas formalmente constituídas ou não.
- ii) Valorização do trabalho humano e busca do pleno emprego estão relacionados às situações em que haja trabalho em condições dignas, mas também à existência de

mais postos de trabalho. Sob aspecto da valorização a Constituição de 1969 utilizou a expressão da “expansão das oportunidades de emprego produtivo”, expressão que reflete melhor a situação que a Constituição de 1988 quis estabelecer, pois, ao valorizar o trabalho humano, Petter (2008, p. 169-170) entende que pretende-se dar ao trabalhador a oportunidade de labor mais satisfatório, com menos riscos, mais criatividade, mais liberdade. Quanto ao pleno emprego, abrange as discussões sobre o mercado de trabalho, ou seja, níveis de emprego e de desemprego em face do potencial produtivo da economia. Índices que caminham para os limites do pleno emprego permitem manter e aumentar a renda, promovendo o consumo e a sustentabilidade econômica, portanto, este princípio deve ser norteador da intervenção estatal.

- iii) Defesa do consumidor assevera que cabe ao Estado promover por meio da intervenção a proteção do consumidor, conforme Art. 5º, inciso XXXII da CF/88, tratada no capítulo dos direitos fundamentais individuais e coletivos. Além desta previsão esta tutela faz parte do regime constitucional econômico, já que esta é uma previsão expressa do Art. 170, inciso V. A partir do Código de Defesa do Consumidor (CDC) indicam-se normas de proteção de ordem técnica, jurídica, psíquica, econômica ou ainda social, reconhecendo-se a vulnerabilidade do consumidor (Art. 4º, I). Foi a forma constitucional de intervir para diminuir o desequilíbrio nesta relação, pois em um dos pólos está o poder econômico (fornecedor). Destaque-se que o CDC tem importante proteção ao estender a definição de fornecer ao âmbito público e entes despersonalizados.
- iv) Livre concorrência está intimamente ligada ao princípio da livre iniciativa, prevê a possibilidade de atuação dos agentes econômicos, competindo em um determinado mercado, visando à produção e circulação de bens e serviços, de acordo com os preços resultantes do próprio jogo do mercado. Em mercados competitivos os consumidores são livres para optar por qualquer das opções oferecidas, o que leva ao equilíbrio por meio da oferta e da procura. Há atuação estatal para coibir abusos condutas que permitam estruturas de mercado (de monopólios, oligopólios, reorganizações societárias) que possam caracterizar abusos do poder econômico. Esta intervenção é importante, pois possibilita a permanência das empresas no domínio econômico, condição para ambiente concorrencial.
- v) Livre iniciativa é um dos fundamentos da ordem econômica, como previsto no *caput* do Art. 170, da CF/88. Está relacionada aos direitos fundamentais da liberdade

econômica, do livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer, nos termos do Art. 5º, XIII. Assim, assegura-se á todos a atuação no mercado com o intuito de produzir bens ou serviços, assumindo os riscos da atividade. Acresce ainda o parágrafo único do Art. 170, este acesso independe de autorização dos órgãos públicos, desde que não haja lei que imponha condições. Nesta hipótese está presente a intervenção estatal justificável quando tem por finalidade respeitar os princípios da ordem constitucional econômica.

vi) Dever fundamental constitucional de pagar tributos está previsto no Art. 145 da CF/88 à medida em que a Constituição garante competência aos membros federados para instituir tributos. Ela deve ser interpretada como sendo um dever jurídico de instituí-los uma vez que os tributos são fonte principal de recursos para custear as responsabilidades do Estado. Somente com o cumprimento do dever instituir, arrecadar e fiscalizar é que será possível construir, nos termos do Art. 165, o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais. Sob este aspecto todos que estão sujeitos às incidências tributárias nos termos da Constituição, do Código Tributário Nacional-CTN (normas gerais) e da legislação tributária federal, estadual e municipal, devem cumprir com a obrigação tributária. Para tanto ao Estado dever possível recorrer a todos os meios admitidos pelo ordenamento jurídico para cobrar os tributos, tal como está no CTN quando dispõe sobre garantias e privilégios do crédito tributário e disciplina a capacidade tributária passiva.

2. A INTERVENÇÃO DO ESTADO DIANTE DA SOCIEDADE EM COMUM

O Estado, ao exercer a intervenção no âmbito econômico por meio normativo, optou por regular a participação das atividades empresárias que não levaram seus atos constitutivos ao registro na Junta Comercial ou Registro Público de Empresas Mercantis, ou seja, as unidades econômicas denominados de Sociedades em Comum.

Essas sociedades têm previsão no Código Civil Brasileiro de 2002 nos Arts. 986 a 990, sendo permitido aplicar, subsidiariamente, as normas das Sociedades Simples (Arts. 997 a 1000), desde que sejam congruentes e compatíveis.

A inobservância das exigências do CC/2002 não lhes permite o reconhecimento jurídico de existência válida impedindo-as de participar ativamente da vida econômica, pois têm restrições de acesso ao crédito, à participação em negócios privados e públicos e lhes é

vedado o direito à recuperação judicial nos termos do Arts. 48 e 161 da Lei 11.101/2005. No entanto, conforme CTN, CDC e CLT, diante de relações tais como as tributárias, as consumeristas e de trabalho são consideradas titulares de deveres jurídicos independente do registro exigido pelo CC/2002.

2.1 NATUREZA JURÍDICA DA SOCIEDADE EM COMUM NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil Brasileiro estabelece nova designação para as atividades empresárias irregulares ou de fato. Não diz respeito a uma nova espécie societária, mas, daquelas sociedades que encontram-se na exploração econômica, sem prévio registro exigido pela lei, antes conhecidas como sociedade de fato, caso não tivessem um contrato escrito, e sociedade irregular quando tinham o contrato, mas ainda não havia sido levado a registro.

No atual código, a designação Sociedade em Comum abrange as duas modalidades, são consideradas tanto as que no mundo fático reúnem os requisitos de atividade econômica ou mesmo aquelas que tem contrato escrito mas ainda não levaram seus atos constitutivos ao registro junto ao órgão competente, no caso brasileiro, as Juntas Comerciais, ou Registro Público de Empresas Mercantis. Essas sociedades, com pequeno faturamento e que poderiam até ser enquadradas no regime de micro e pequenas empresas, além dos empreendimentos econômicos solidários, existem e tem importante participação na economia brasileira.

Ricardo Fiuzza (2004, p. 909) comentando sobre o Art. 986 do Código Civil (CC), que conceitua a Sociedade em Comum:

A sociedade em comum é um tipo de sociedade não personificada, constituída de fato por sócios para o exercício de atividade empresarial ou produtiva, com repartição de resultados, mas cujo ato constitutivo não foi levado para inscrição ou arquivamento perante o registro competente.

De acordo com a disposição do Código, para comprovação de sua existência entre os sócios, basta um contrato escrito. Já para as relações da sociedade com terceiros, estes podem comprovar a sociedade de qualquer forma, inclusive pelo contrato escrito entre os sócios. Diante desta constatação surge a discussão jurídica se tal sociedade ao não promover o registro comercial estaria atuando no campo da irregularidade ou da informalidade.

Fran Martins (1998, p. 237) posiciona-se no sentido de que a sociedade será irregular, quando:

se organiza legalmente, arquia seus atos constitutivos no Registro do Comércio mas, posteriormente, pratica atos que desnaturam o tipo social (por exemplo: uma

sociedade em comandita simples por prazo determinado ultrapassa esse prazo sem renovar o contrato social; continua a sociedade a funcionar irregularmente, perdendo, os sócios comanditários, esse benefício, tornando-se ilimitadamente responsáveis); ou que funciona sem cumprir as obrigações impostas por lei (não possui livros obrigatórios, não levanta o balanço anual).

Apesar de não terem seus atos constitutivos registrados, as Sociedades em Comum não são irregulares, mas, apenas revestidas de informalidade. Seriam consideradas irregulares se os seus sócios praticassem atos que viessem a desnaturar sua forma societária, tal como, utilização de objeto ilícito para exploração da atividade, já que é uma sociedade não personificada, com previsão do Código Civil, constituída com o fim de exercer atividade empresarial lícita.

Esse também é o entendimento de Lanza Neto (2008, p. 6777) para quem “a regularidade ou não da Sociedade em Comum está condicionada aos atos praticados pela mesma e sua coerência legal, e não à sua forma de constituição”.

A irregularidade da sociedade em comum não é verificada pela ausência de arquivamento de eventual Contrato Social junto ao Registro Público de Empresas Mercantis (art. 985 do CC) ou mediante contrato escrito, particular ou público devidamente inscrito no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (no caso da Sociedade Simples – artigos 997 e 998 do CC). [...] Ou seja, sendo as atividades empresariais da sociedade em comum desenvolvidas em conformidade com a lei, é considerada como regular.

A Sociedade em Comum, desde que tenha seu objeto de exploração lícito, não pode ser considerada irregular, posto que sua atividade está ligada à colaboração do desenvolvimento do mercado, atuando em acordo com a previsão legal.

E mais, o registro público, como o nome sugere, tem apenas o condão de dar publicidade ao ato, tornando-o conhecido perante terceiros. Isso é o que estabelece a Lei 8.934/1994, em seu Art. 1º, I, quando assevera que a finalidade do registro público de empresas mercantis é, entre outras situações, dar publicidade e autenticidade aos atos jurídicos praticados pelas sociedades empresárias.

Há, também, críticas doutrinárias no aspecto da inexistência de personalidade jurídica da Sociedade em Comum. É possível citar Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2008, p.136) ao expor que legislações internacionais como a italiana e alemã consideram que somente as sociedades de capital possuem personalidade jurídica própria, sendo que as sociedades de pessoas não, como é o caso das sociedades em comum. Contudo, seriam, ainda assim, sujeitos de direitos e obrigações na ordem jurídica, pelo que, são consideradas sociedades empresárias.

Nesse sentido, não é a personalidade jurídica que dá o caráter de sociedade ou não. É possível que a sociedade exista no plano fático com consequência no mundo jurídico,

independente do seu registro, tal como da Sociedade em Comum, nos termos do Art. 981 do Código Civil. Basta um contrato em que as pessoas se obriguem a contribuir, seja com bens ou serviços, para a busca de um fim comum, que é o exercício da atividade e a partilha dos resultados.

Esse é o entendimento de Borba (2007, p. 74):

As sociedades em comum ou irregulares são sociedades e, como tal, embora rotuladas pelo Código como sociedades não personalizadas, têm personalidade jurídica, tanto que terceiros podem, de qualquer modo, provar sua existência (art. 987 do Código Civil). Ora, se a sociedade existe, deste fato resulta, como consequência, a personalidade jurídica, que é inerente a todas as sociedades (art. 44, inciso II do Código Civil).

Gonçalves Neto (2008, p. 137) concorda com a ideia de Borba e ainda afirma que cabe ao direito definir os contornos e os efeitos decorrentes da atividade. O próprio Código Civil reconhece que houve uma comunhão de interesses para exploração da atividade econômica, todavia, sem a autonomia de uma pessoa jurídica regularmente constituída.

Outra característica importante é a inexistência de separação patrimonial entre os sócios e a sociedade. Assim, todos são titulares em comum dos bens destinados ao exercício da atividade, nos termos do art. 988 do CC. O fundamento desta norma é a ausência de registro do seu ato de constituição dificultando a separação dos bens.

A responsabilidade pelas obrigações sociais é comum, solidária e ilimitada entre os sócios, nos termos do Art. 990 do CC, excluindo-se o benefício de ordem. De sorte que os bens particulares dos sócios possam ser executados por dívidas da sociedade.

O Código Civil ao estabelecer tais disciplinas reconhece que a Sociedade em Comum tem participação no cenário econômico. Esta afirmação está conforme a interpretação de Sena (2012, p.1) já que as sociedades em comum são “sujeitos das mais variadas relações”, destacando a relação trabalhista, com a contratação de empregados, a compra e venda, emissão de cheques, pagamento de impostos, bem como outros negócios jurídicos.

2.2 O REGIME JURÍDICO DA CAPACIDADE TRIBUTÁRIA DAS EMPRESAS NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

Para que se possa entender a responsabilidade tributária das Sociedades em Comum, deve-se analisar a relação jurídica tributária em seu critério pessoal, a posição de contribuinte, e nesta categoria o regime do CTN para a capacidade tributária passiva. Para tanto é oportuno destacar o ensinamento do Prof. Paulo de Barros Carvalho (2009, p.340):

Define-se capacidade tributária como a aptidão que as pessoas têm para serem sujeitos ativos e passivos de relações jurídicas de índole tributária. Se assim é, podemos dizer que capacidade tributária passiva é a habilitação que a pessoa, titular de direitos fundamentais, tem para ocupar o papel de sujeito passivo de relações jurídicas de natureza fiscal.

Para fins de tributação importa a ocorrência do evento tributário (plano fático) e a subsunção à hipótese tributária para deflagrar os direitos e deveres da relação jurídica. Nos termos do Art. 126 do CTN a capacidade tributária passiva, independe: da capacidade civil das pessoas naturais; de a pessoa natural estar sujeita a medidas que importem privação ou limitação do exercício de atividades civis, comerciais ou profissionais, ou da administração direta de seus bens ou negócios; ou, de a pessoa jurídica estar regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional

A capacidade tributária passiva não se confunde com a capacidade de exercer direito, isto porque, mesmo sujeitos juridicamente incapazes para o direito civil, podem figurar na posição de contribuintes na esfera tributária, como é o caso da Sociedade em Comum. Carvalho (2009, p.341) defende que as normas tributárias reconhecem a “aptidão para realizar o fato, ou dele participar, a entes, agregados econômicos [...] não contempladas pelo direito privado com personalidade jurídica”.

A capacidade de realizar o fato jurídico independe da capacidade jurídica para ser sujeito passivo de obrigação tributária. Isso ocorre porque são situações diferentes. Esse é o entendimento de Carvalho (2009, p. 344), para quem:

A capacidade para promover os fatos tributários, ou deles participar, na consonância das previsões normativas, não é privilégio das pessoas físicas ou jurídicas, espécies de entidades personalizadas pelo direito privado. Para esse escopo, o legislador tributário desfruta de ampla liberdade, cerceada apenas pela consideração de dois fatores exógenos, quais sejam os limites da outorga constitucional de competência e o grau de relacionamento da entidade com o evento fático. Dentro dessa moldura, é quase infinita a legitimidade criativa do legislador fiscal, que pode atribuir personalidade tributária e capacidade para realizar o fato jurídico tributário a quem não as tenha por reconhecidas, no enredo das normas de direito civil.

É desta forma é tratamento jurídico previsto no CTN. O preceito legal que diretamente enfoca a responsabilidade das sociedades em comum é o Art. 126, inciso III, já apresentado, reconhecendo com o suficiente a configuração de uma unidade econômica ou profissional, ou seja, o legislador atribuiu capacidade passiva tributária a um ente que nos termos do Código Civil é despersonalizado.

Esse é o entendimento, por exemplo, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao analisar na Apelação nº 2003.70.02.003303-8, a situação de um contribuinte de imposto de

renda pessoa física que realizava atividade de revenda de carro.

IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. NULIDADE DE PROCEDIMENTO FISCAL. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. ACRÉSCIMO PATRIMONIAL À DESCOBERTO. REVENDA DE VEÍCULOS. HONORÁRIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

O artigo 126, inciso III, do Código Tributário Nacional prevê que a capacidade tributária passiva independe de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional.

[...]

Embora o autor não tenha apresentado documentação hábil a comprovar ser proprietário de revenda de veículos, os negócios por ele efetuados levam à conclusão de que os adquiria com a finalidade de comercializá-los.

Em conformidade o princípio da interpretação objetiva do fato gerador, é irrelevante a regularidade da atividade desenvolvida pelo contribuinte para que o Fisco, verificando a existência de omissão fiscal, efetue o lançamento, independentemente de o contribuinte ter registrado ou não seus atos constitutivos na junta comercial.

Além da possibilidade de a Sociedade em Comum realizar o evento tributário e este ser reconhecido como fato jurídico tributário, necessário que se analise a hipótese do não pagamento do tributo pela Sociedade em Comum e a Execução Fiscal. Considerando as diferenças apontadas entre capacidade tributária passiva e a capacidade de responder, por exemplo, perante o Judiciário pelo descumprimento da dever tributário de pagar tributo, contra quem deveria ser proposta a cobrança? Defende-se que conforme previsão do Código Civil de 202 caberia aos seus sócios, solidariamente, responder pela dívida.

Neste âmbito tributário, portanto, há o reconhecimento da Sociedade em Comum da capacidade tributária passiva e a de seus sócios de capacidade de direito para responder pelas obrigações tributárias, inclusive os deveres instrumentais. Tal qual as demais empresas, terá que cumprir o seu o dever jurídico de pagar tributos contribuindo para compor as receitas no orçamento público.

2.3 O REGIME JURÍDICO DAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS

Na esfera do Direito do Consumidor, tem-se previsão expressa acerca da possibilidade de participação da Sociedade em Comum na relação de consumo como fornecedor, posto que assim colaciona o CDC em seu Art. 3º “fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados”.

Para José Geraldo Brito Filomeno (2008, p. 35) fornecedores são “todos quanto propiciem a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, de maneira a atender as necessidades dos consumidores, sendo despiciendo indagar-se a que título”.

O profissionalismo e a habitualidade não fazem parte do conceito de fornecedor

estabelecido pelo Art. 3º do CDC, todavia, há quem entenda em sentido contrário. Lisboa (2001, p. 112) assevera que “fornecedor é toda pessoa física ou jurídica que, no exercício de sua atividade profissional econômica, lança produtos ou serviços no mercado de consumo”.

Não é possível concordar com Lisboa, posto que deve-se analisar se este fornecimento teve o intuito de participar do mercado de consumo, suprindo as necessidades do consumidor. Andrade (2006, p. 30) traz um exemplo clássico de um engenheiro, que tem como profissão a engenharia, e atua vendendo perfumes. Não é possível coadunar com a idéia de que ele não seria fornecedor pelo simples fato de não atuar profissionalmente vendendo produtos de perfumaria.

Quanto à habitualidade, também não parece ser um requisito essencial para a configuração do fornecedor, pois é possível que a atividade ocorra em apenas um período do ano ou durante alguns dias. Rizzato Nunes (2005, p.86) entende também pela eventualidade, citando o exemplo de uma jovem que, para pagar seus estudos, compra e depois vende lingerie para as suas colegas, nesse caso, ela seria considerada fornecedora perante o CDC, ainda que a venda ocorresse apenas no período natalino, situação em que, apesar de eventual, trata-se de atividade comercial. Assim, não seria hábito da estudante vender, mas, diante da necessidade, ela passa a ser fornecedora e passível de responsabilização perante o CDC.

O descumprimento da obrigação regida pelo regime consumerista impõe ao fornecedor sanções, independentemente da sua condição jurídica.

Para entender a possibilidade de responsabilização das sociedades em comum perante o Código de Defesa do Consumidor, necessário se faz o retorno ao início dessa discussão, quando se afirma que inclusive entes despersonalizados podem ser considerados fornecedores.

Nesse sentido, Filomeno (2007, p. 47-48) entende que os entes despersonalizados são “os que embora não dotados de personalidade jurídica, quer no âmbito mercantil, quer no civil, exercem atividades produtivas de bens e serviços”, como é o caso da Sociedade em Comum.

A ministra Nancy Andrighi, relatora do REsp. 519.310/SP entendeu que “para o fim de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o reconhecimento de uma pessoa física ou jurídica ou de um ente despersonalizado como fornecedor de serviços atende aos critérios puramente objetivos”, hipótese em que considerou “irrelevantes a sua natureza jurídica, a espécie dos serviços que prestam e até mesmo o fato de se tratar de uma sociedade civil, sem fins lucrativos”. (REsp 519.310/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJ 24/05/2004).

Fica claro que para a responsabilização de uma atividade empresária perante o consumidor, não é necessária a configuração da pessoa jurídica em si, com personalidade jurídica própria, ao contrário Rizzatto Nunes (2005, p. 89) entende que “é de enquadrar no conceito de ente despersonalizado as chamadas pessoas jurídicas de fato: aquelas que, sem constituir uma pessoa jurídica, desenvolvem, de fato, atividade industrial, comercial, de prestação de serviços, etc”.

Para concluir o tema acerca da possibilidade de responsabilização das sociedades em comum no âmbito do Direito do Consumidor, é de se destacar que o CDC não deixaria de responsabilizá-las. É neste sentido a afirmação de Rizzatto Nunes (2005, p. 89) “tais sociedades formam um bom número de fornecedores, que suprem de maneira relevante o mercado de consumo”.

A seguir, analisa-se a responsabilidade das sociedades em comum perante as relações de trabalho.

2.4 O REGIME JURÍDICO DAS RELAÇÕES NO TRABALHO

Assim como analisado no âmbito do Direito Tributário e do Direito do Consumidor, na esfera trabalhista também é possível a responsabilização da Sociedade em Comum, posto que o Art. 2º da CLT é o mais abrangente possível.

Para o estatuto legal, o empregador será qualquer “empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

A primeira observação é quanto ao termo “empresa”, pois o empregador não será a empresa, mas, a pessoa física ou jurídica, além do ente despersonalizado que seja titular da empresa ou estabelecimento. Este é também o entendimento de Delgado (2010, p.378) para quem a empresa “não configura, obviamente, sujeito de direitos na ordem jurídica brasileira”.

Tal crítica se faz necessária pois se for considerado empresa apenas sociedades personalizadas, correr-se-ia o risco de deixar de fora os empregados das sociedades em comum, bem como das sociedades em conta de participação, ambas reguladas pelo Código Civil, porém sem personalidade jurídica própria.

Nascimento (2008, p.674) traz a concepção de que “há juristas que só admitem como empregador a pessoa física ou jurídica, uma vez que seriam os únicos sujeitos numa relação jurídica”. E não é o que acontece na esfera trabalhista, onde, na prática, existem hipóteses em que existe relação de emprego inclusive com entes não dotados de personalidade jurídica.

Para tentar desmistificar essa situação, será analisado o conceito de empregador a

partir do conceito de empregado, já que nesse caso, a legislação laboral foi mais específica. Assim, empregador é “todo ente para quem uma pessoa física prestar serviços continuados, subordinados e assalariados”, conforme Nascimento (2008, p. 673).

Considerando tal conceituação, o quesito personalidade jurídica em momento algum seria óbice para a responsabilização de uma Sociedade em Comum, pois, se tem pessoas físicas trabalhando para ela, a quem é pago salário e de forma subordinada, não seria lógico que o trabalhador não pudesse ter os seus direitos analisados na esfera da Justiça Trabalhista simplesmente porque o seu empregador não é uma sociedade empresária nos moldes tradicionais.

A jurisprudência brasileira tem entendido nesse sentido, a 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, no julgamento do Recurso Ordinário nº 36000650055050161, entendeu pela existência de sociedade de fato, onde qualquer dos sócios poderá responder de forma solidária, por débito decorrente de contrato de trabalho. Assim, afastou a preliminar de ilegitimidade passiva, nos termos abaixo:

Contudo, não há como ser mantida. Isso porque ficou claro tratar-se do que se denomina de sociedade não personificada ou sociedade de fato, representada pela exploração de atividade econômica, sem que estivesse devidamente regularizado o registro dos seus atos constitutivos, sequer existentes.

Em tal hipótese, assegura o art. 990, do Código Civil, a responsabilidade solidária e ilimitada dos seus integrantes, o que autoriza o credor a demandar contra qualquer deles, total ou parcialmente, a dívida.

Por conseguinte, não há que se falar em ilegitimidade passiva, mormente porque não se caracterizou a sucessão empresarial, na medida em que a própria autora declarou que não mais trabalhou para a mulher do Recorrido, após a separação.

Fica afastada qualquer tese de que entes despersonalizados não podem ser considerados empregadores, logo, são passíveis de responder judicialmente por infração ao direito dos trabalhadores.

Isso é o que aconteceu no RO 708001720075070025 CE, julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, ao reconhecer a existência de vínculo de emprego, mesmo diante da ausência de personalidade jurídica de uma sociedade que prestava serviços de música, hipótese em que foi aplicado o Código Civil no que diz respeito à responsabilidade solidária dos sócios.

VÍNCULO DE EMPREGO. CONFIGURAÇÃO. SOCIEDADE DE FATO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS SÓCIOS.

A esse respeito o novo Código Civil, em seus artigos 896 e seguintes, ao cuidar das sociedades não personificadas, assim consideradas aquelas que não foram devidamente registradas no órgão competente, atribui, nesses casos, aos sócios a responsabilidade solidária e ilimitada pelas obrigações sociais.

Em face desta interpretação não é possível a sociedade, na ausência de patrimônio, responder pelas dívidas trabalhistas. Esta obrigação deverá ser transferida aos sócios que respondem com bens particulares, posto que não existe separação patrimonial, conforme previsão do Art. 990 do Código Civil.

Para que a Sociedade em Comum venha a ser responsabilizada pelos seus atos, perante à Justiça do Trabalho, assim como nas demais áreas, caberá ao terceiro interessado a prova da existência da sociedade, sob pena de indeferimento do seu pedido, conforme entendimento do RO nº 552-41.2010.5.04.0304, do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

3. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DAS SOCIEDADES EM COMUM: ANÁLISE DA LEI 11.101/2005

Com o intuito de evitar a falência e visando fazer cumprir o seu objeto, qual seja, a manutenção da fonte produtora viável economicamente, a Lei 11.101/2005 estabelece duas alternativas: no Art. 47, disciplina a chamada “recuperação judicial”, enquanto no Art. 161, estabelece a “recuperação extrajudicial”.

Nestas hipóteses, para que a sociedade com problemas econômico-financeiros possa fazer uso do benefício legal, ela deverá estar: a) regularmente constituída há pelo menos dois anos; b) não pode ter falido, ou tendo falido, deve estar com as responsabilidades decorrentes da falência declaradas extintas por sentença; c) não ter obtido nos cinco anos anteriores o benefício da recuperação judicial (oito anos se beneficiada pela recuperação especial para micro e pequenas empresas); d) não ter o falido sido condenado por crime falimentar (Arts. 48 e 161).

Enquanto a recuperação judicial é um processo por meio do qual o devedor apresenta um plano de recuperação aos seus credores, a recuperação extrajudicial dispensa um processo específico para isso. Contudo, a recuperação extrajudicial não deixa de ter o crivo do Judiciário, vez que, após o acordo realizado com os credores, fora do ambiente judicial, o plano deve ser levado à homologação, nos termos do Art. 162 da Lei Falimentar.

A principal diferença entre as duas formas de recuperação diz respeito aos créditos por elas abrangidos. Enquanto na modalidade judicial é possível incluir “todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos”, como dispõe o Art. 49, na modalidade extrajudicial excluem-se “os créditos de natureza tributária, derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho”. Para ambos os institutos, excluem-se os credores previstos no Art. 48, §3º, que são os que possuem direito de propriedade envolvido, e

o previstos no Art. 86, inciso II, onde a restituição do valor do contrato de câmbio para exportação é feita em dinheiro.

Em uma rápida análise, tais institutos estão presentes como meios de evitar que a sociedade empresária venha a sofrer com a falência quando ela ainda é viável economicamente, uma vez que é do interesse da ordem econômica constitucional a permanência no mercado.

Analisa-se, na sequência os aspectos da vedação legal pertinente às sociedades em comum e a necessidade de alteração legislativa a fim de permitir a recuperação para empresas viáveis do ponto de vista econômico, ainda que não estejam formalmente constituídas.

3.1 INTERPRETAÇÃO DA PROIBIÇÃO DO ARTIGO 48 DA LEI 11.101/2005

Os artigos 48 e 161 da Lei 11.101/2005 vedam expressamente que as sociedades em comum venham a fazer o uso do instituto da recuperação judicial e extrajudicial, ao expor que poderá pleitear a recuperação: a) judicial apenas “o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos”; e, b) extrajudicial que preencher todos os requisitos instituídos pelo Art. 48.

O lapso temporal de dois anos mencionado é bastante justificável, vez que problemas financeiros em tempo inferior a esse denotam falta de habilidade na condução os negócios. Diferente não é o entendimento de Manoel Justino Bezerra Filho (2009, p.123):

À semelhança do que exigia a lei anterior (art. 158, I), este art. 48 inicia a listagem dos impedimentos ao pedido de recuperação, excluindo de seu âmbito o empresário com menos de dois anos de atividade regular, entendendo que não seria razoável que, em prazo inferior a este, viesse o devedor a colocar-se em situação na qual necessitasse de socorro judicial para recuperação. Tal fato denotaria uma inabilidade tão acentuada para a atividade empresarial que a Lei prefere que, em casos assim, seja negada a possibilidade de recuperação.

Por esse motivo é bastante sensato a exigência de condicionar a recuperação ao exercício da atividade por pelo menos dois anos. Porém, não é o legislador ponderado ao analisar a questão da necessidade de inscrição junto ao órgão competente, com o intuito de tornar a empresa regular.

As sociedades apresentam seus atos a arquivamento com o intuito de dar publicidade dos atos jurídicos que a constituíram. Não é o registro que possibilitará o caráter empresarial da sociedade, mas a sua atividade. Ou seja, ainda que não possua o registro de seus atos, a Sociedade em Comum, é uma sociedade empresária, sem personalidade jurídica própria, de acordo com o previsto no Código Civil. Todavia, não é essa a previsão do Art. 985 do CC,

para quem o registro tem caráter atributivo de personalidade jurídica às sociedades.

Ricardo Negrão (2005, p. 4) concorda com o pensamento aqui seguido e entende que para a configuração do devedor “é indispensável ficar demonstrada sua condição de empresário – regular ou irregular –, uma vez que o instituto falimentar tutela exclusivamente as situações de crise econômico-financeira empresarial”.

Existem inúmeros motivos que levam as empresas à informalidade⁵. Ulyssea (2008) aponta sob a ótica econômica os dois grandes problemas: a) custos com a regularização, ligados à legalização e registro do empreendimento; b) custos em permanecer no setor após a regularização: como impostos e taxas e os custos burocráticos (assessoria contábil, jurídica).

Nesta linha, quando a legislação falimentar impõe tais condições para acesso ao direito que possibilita a sua recuperação, defende-se que o legislador não considerou as situações fáticas das inúmeras sociedades nestas condições. Elas são fundamentais para a saúde do mercado interno, apesar da falta de registro.

É a síntese do que será analisado a seguir: a necessidade de se possibilitar a recuperação tanto judicial, quanto extrajudicial, ainda que de outros moldes, para as sociedades em comum, principalmente aquelas que estão no mercado e pelos mais diversos motivos, inclusive os decorrentes de instabilidades econômicas para as quais não contribuíram.

3.2 (IM)POSSIBILIDADE DO DIREITO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Parte da doutrina empresarial afirma que a lei 11.101/2005 foi sensata ao vedar o benefício da recuperação às sociedades que não se encontram regularmente constituídas há mais de dois anos.⁶

Os signatários desta posição não vislumbram que tal vedação prejudica a economia como um todo, uma vez que grande parte dos postos de trabalho, dos produtos e da renda são oriundas das micro e pequenas empresas, atuando sob a forma de sociedades em comum, modelo permitido pelo Código Civil Brasileiro.

Analisando o tema e com foco no Art. 170 da Constituição, defende-se que é

⁵ Para uma análise mais aprofundada acerca das origens e impactos da informalidade no mercado brasileiro, cfr. ULYSSEA, 2006 e ULYSSEA, 2008.

⁶ O Estado não possui interesse na preservação de empresas que possuem metas particulares e são descompromissadas com a sociedade. E é por esse mesmo motivo que os empresários irregulares não são agraciados por esse instituto. Ele estaria desestimulando a regularização das empresas se garantisse à todas os mesmos benefícios. Assim, estabelece o art. 48 da 11.101/2005, que somente o empresário que se sujeita ao controle estatal, ou seja, que está regularmente inscrito na Junta Comercial, é que pode requerer a recuperação judicial (PINHO, 2011).

importante autorizar que a recuperação, seja judicial ou extrajudicial, possa ocorrer no âmbito das sociedades em comum evitando o caminho indesejável de declaração da falência.

Este também é o entendimento de José Marcelo Martins Proença (2007) que assegura ser injustificável a não autorização legal para a recuperação das sociedades em comum, pois elas, assim como as sociedades empresárias, que possuem personalidade jurídica própria passam por problemas de cunho financeiro, mesmo atuando diligentemente no mercado. Acrescenta que, se a ideia central da legislação é a de manter a atividade econômica, em razão dos interesses sociais, não há motivo que justifique tal vedação.

O regime constitucional econômico enumera vários princípios, entre eles aqueles apresentados neste artigo, que podem servir para argumentação da interpretação que ora se expõem sobre a possível inconstitucionalidade dos artigos em análise.

Além deles, há outras normas na ordem jurídica e na própria Lei 11.101/05 que permite sustentar a possibilidade de aceitar a recuperação judicial ou extrajudicial para as sociedades em comum:

i) a Lei 11.101/05 permite esta defesa uma vez que em suas disposições preliminares, importantes para nortear a interpretação do texto legal, não prevêem tratamento desigual entre as empresas quanto aos direitos de que trata. Nos termos do Art. 1º estabelece a possibilidade de recuperação judicial, extrajudicial e falência do empresário e da sociedade empresária, sem apontar restrições quanto a regularidade ou não desses entes. Defende-se, portanto, que as normas jurídicas trazidas são extensiva àqueles que atuam em caráter empresarial. O Art. 2º exclui a aplicação da lei somente às empresas públicas e sociedades de economia mista, instituições financeiras, cooperativas de crédito, consórcios, entidades de previdência complementar, sociedade operadora de planos de saúde, seguradoras e sociedades de capitalização. Observe-se que não exclui de sua aplicação as sociedades em comum.

ii) A Lei 11.101/05 em seu Art. 105, IV, permite a Sociedade em Comum pleitear sua autofalência, por não preencher o requisito da regularização. Esta autorização é prejudicial a “empresa” e ao mercado. Em situação de dificuldade econômica, é saudável que se ofereça oportunidade de recuperação para manter-se no mercado. Neste sentido é justo conceder prazo razoável para promover o registro e seguir com os procedimentos para a recuperação. A falência prejudica credores, o mercado de trabalho, investimentos, concorrência e outras externalidades negativas.

iii) Em vista a uma interpretação sistêmica, outro argumento importante é o regime jurídico previsto no Código de Defesa do Consumidor, na legislação do trabalho e Código Tributário Nacional para o caso de atuações informais ou irregulares de empresas. Ou seja,

respondem diante do descumprimento dos deveres legais impostos a todos que atuam na atividade econômica, independentemente de sua organização.

Nas relações trabalhistas, basta caracterizar relação do trabalho, quais sejam: subordinação, habitualidade e remuneração, conforme Art. 3º da CLT . Para as relações de consumo o consumidor terá a proteção legal bastando que a parte da relação seja caracterizado como fornecedor, ou seja estar enquadrado entre os estabelecidos pelo Art. 3º do CDC, pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, inclusive entes despersonalizados; e para as relações tributárias, basta demonstrar o fato jurídico tributário e poderá figurar como contribuinte.

Nestes casos a Sociedade em Comum deverá responder pelo descumprimento de deveres, pois o Estado se coloca como protetor da boa-fé no consumo, da valorização do trabalho e do dever fundamental de pagar tributos. Ao proibir o acesso à recuperação impossibilita exercício de direitos que concretizariam outros princípios igualmente fundamentais para a ordem econômica, conforme exposto.

Em face dos argumentos apresentados e na defesa dos direitos à recuperação judicial e extrajudicial ora em análise, é possível apresentar as seguintes alternativas considerando o atual ordenamento jurídico:

i) no caso da recuperação judicial deve-se garantir o direito de acesso a tutela jurisdicional e ao magistrado compete analisar os documentos para constatar a viabilidade econômica, o potencial de manutenção de empregos e a satisfação dos direitos dos credores públicos e privados. Havendo real possibilidade de superar a crise é legítimo que se conceda prazo para que a Sociedade em Comum assuma um das formas de organização empresarial e promova os registros comerciais exigidos pelo Código Civil, em prazo razoável. Cumprida a determinação será possível o deferimento com todas as conseqüências previstas no Art. 52 da Lei 11101/05.

ii) na hipótese de recuperação extrajudicial, caberá aos devedor reunir os seus credores com o intuito de negociar e elaborar o plano. Após a elaboração, com a concordância de todos, excetuando-se os que a lei não permite participar, conforme Art. 161, §1º da Lei 11.101/2005, caberá ao devedor requisitar a homologação de seu plano. Porém, para que seja homologado, o juiz determinará prazo razoável para que a empresa demonstre que promoveu o registro de seus atos de constituição. Cumprido tal requisito, o juiz homologará o plano, com as conseqüências estabelecidas pelos Arts. 161 e seguintes.

É importante salientar que em ambos os casos, o devedor deverá comprovar o período mínimo de dois anos de exercício da atividade econômica, ainda que de forma irregular.

CONCLUSÃO

A constitucionalização da economia presente na Constituição Brasileira de 1988 demonstrou que Estado Brasileiro tem nítidas preocupações com a tutela jurídica da atividade empresarial. Esta afirmação se comprova ao apontar o Art. 170, onde estão os princípios formadores do regime jurídico econômico, considerados fundamento ao exercício da competência dos governos para intervenção sobre o domínio econômico por meio normativo, fiscalizatório, incentivo e planejamento (Art. 174). Para esta pesquisa, entre eles, o enfoque é a livre iniciativa, livre concorrência, valorização do trabalho humano, busca do pleno emprego, defesa do consumidor e o dever fundamental de pagar tributos.

Tais fundamentos são apontados para enfrentar o desafio de defender o direito à recuperação judicial e extrajudicial para as Sociedades em Comum, proibido pela Lei Lei 11.101/2005, em seu Art. 48 e 161. Esta sociedade está prevista no Código Civil, nos artigos 986 a 990 e presentes, expressivamente, no mercado brasileiro como “empresas informais”. São importante foco de promoção de empregos, da livre iniciativa e concorrência. Embora, individualmente, se caracterize pelo baixo faturamento, a quantidade de sociedades nestas condições justifica a preocupação com elas diante de situação de crise econômico-financeira. Nesta hipótese, nos termos da Lei Geral de Falências e Recuperação são obrigadas a pleitear a autofalência, conforme Art. 105.

Defende-se que este não é o caminho desejável pela ordem econômica brasileira, pois pode agravar os problemas econômicos e sociais diante de credores (não receberão seus créditos), empregados (perderão oportunidade de trabalho), tributação (risco de não receber os créditos tributários). Neste sentido é possível ao magistrado, convencido da possibilidade patrimonial de ser mantida em atividade, deferir (recuperação judicial) ou homologar (recuperação extrajudicial) o pedido de recuperação, com as consequência previstas no Art.52 da legislação falimentar. Para tal alternativa a condição poderia ser a concessão judicial de prazo razoável para que os sócios constituíssem a sociedade e levassem ao registro comercial, nos termos do Código Civil.

Além dos fundamentos principiológicos referidos, pode-se argumentar que tais sociedades, na atualidade, respondem por suas dívidas tributárias CTN), trabalhistas (CLT) e perante o consumidor (CDC), da mesma maneiras que as empresas formalmente constituídas. Mas, diferentemente desta, não têm direito a oportunidade de permanecer no mercado com apoio da recuperação judicial ou extrajudicial, caso sejam economicamente viáveis em médio prazo.

Esta interpretação de inclusão econômica possibilita mais um caminho para concretizar a finalidade da recuperação judicial: promover a preservação da empresa e sua função social.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed, São Paulo : Saraiva, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 30 de agosto de 2013.

_____. **Decreto-lei nº 5.452/43**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 04 de setembro de 2013.

_____. **Lei nº 5.172/1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em 03 de setembro de 2013.

_____. **Lei nº 8.078/1990**. Dispõe sobre a Proteção do Consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em 03 de setembro de 2013.

_____. **Lei nº 10.406/2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 02 de setembro de 2013.

_____. **Lei nº 11.101/2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em 05 de setembro de 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Recurso Ordinário nº 360006520055050161. Relator Desembargador Cláudio Brandão, 2ª Turma. Disponível em: <http://trt-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7455224/recurso-ordinario-ro-360006520055050161-ba-0036000-6520055050161>. Acesso em 03 de setembro de 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. Recurso Ordinário nº 708001720075070025. Relator Desembargador Antônio Carlos Chaves Antero, 2ª Turma. Disponível em: <http://trt-7.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16856130/recurso-ordinario-ro-708001720075070025-ce-0070800-1720075070025>. Acesso em 03 de setembro de 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário nº 552-41.2010.5.04.0304. Relator Desembargador Leonardo Meurer Brasil. Disponível em: <http://br.vlex.com/vid/-277922323>. Acesso em 03 de setembro de 2013.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação nº 2003.70.02.003303-8. Relator Desembargador Federal Vilson Darós. Disponível em: <http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1316277/apelacao-reexame-necessario-apelreex-3303/inteiro-teor-1408>

1411?ref=home. Acesso em 05 de setembro de 2013.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências** Comentada: Lei 11.101/2005 – comentário artigo por artigo. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

FILOMENO, José Gerado Brito. **Disposições Gerais**. In Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Ada Pellegrini Grinover ... [et al.]. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GENNARI, Adilson Marques; OLIVEIRA, Adilson Marques. **História do Pensamento Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**: Comentários aos artigos 966 a 1195 do Código Civil. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HUNT, E. K.; Sherman, Howard J. **História do Pensamento Econômico**. Tradução de Jaime Larry Benchimol. 23º Ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

LANZA NETO, Henrique. **Sociedade em Comum: Regularidade e Provas de sua constituição**. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/12_508.pdf. Acesso em 23 de agosto de 2013.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 22. ed. Forense. Rio de Janeiro: 1998.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do trabalho**. 23 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

NEGRÃO, Ricardo. **Aspectos objetivos da Lei de recuperação de empresas e de falências**. São Paulo: Saraiva, 2005.

PINHO, Larissa Do Nascimento. Lei 11.101/2005: **Função Social Das Empresas E Recuperação Judicial**. Disponível em: <http://www.soartigos.com/artigo/11777/lei-11.1012005:-funcao-social-das-empresas-e-recuperacao-judicial/>. Com acesso em 16 de julho de 2013.

RIZZATTO NUNES, Luiz A.. **Comentários ao Código de defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PETTER, Lafayete Josué. **Princípios Constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Disposições Preliminares – Aplicação da Legislação, Competência e Intervenção do Ministério Público** In: MACHADO, Rubens Approbato (coord). Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas: Doutrina e Prática.. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SENA, Alécio Martins. **Da Condição Jurídica dos Entes Despersonalizados**. Disponível

em: <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D6-07.pdf>. Acesso em 30 de agosto de 2013.

TEIXEIRA, Rodrigo Alves; PINTO, Eduardo Costa. **A Economia Política dos Governos FHC, Lula e Dilma**: dominância financeira, bloco no poder e desenvolvimento econômico. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-06182012000400009&script=sci_arttext. Acesso em 09 de setembro de 2013.

ULYSSEA, Gabriel Lopes de. **Instituições e a informalidade no mercado de trabalho**. Estudos Econômicos, v. 38, p. 525-556, 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-41612008000300004&script=sci_arttext. Acesso em 30 de junho de 2013.

_____. **Informalidade no Mercado de Trabalho Brasileiro**: uma resenha da literatura. Revista de Economia Política, v. 26, n.3. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rep/v26n4/08.pdf>