
NOVA EMPRESARIALIDADE APLICADA À RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

*Adalberto Simão Filho**

*Daniela Pellin***

RESUMO: Diante de todas as transformações sócio-econômicas de âmbito mundial, o Brasil se viu compelido a re-manejar o instituto jurídico falimentar pela Lei 11.101 de 2005. A empresa sofreu modificações jurídicas: artigo 170 da Constituição Federal de 1988. O Código Civil de 2002 ajustou o perfil da empresa moderna. Ambos deram origem à assimilação da teoria da empresa: agente de fomento econômico e conduta institucional. Estes conceitos são transportados para a empresa no processo de recuperação judicial porque a crise não é mais vista sob o prisma econômico e interno da empresa, mas a crise empresarial afeta a sociedade em geral. Portanto, o procedimento de recuperação judicial ou extrajudicial deve atentar às necessidades dos stakeholders de forma a alcançar, com a manutenção da fonte produtora, melhor justiça social, quer durante ou após a recuperação; até, quando da decretação da quebra falimentar, de forma equilibrada; justa e ética.

PALAVRAS-CHAVE: Crise; Recuperação De Empresas; Processo Judicial; Nova Empresarialidade; Proteção Constitucional Dos Stakeholders.

SUBSTRACT: Before all of the socio-economic transformations of world extent, Brazil saw himself compelled to the changes of the juridical institute of recovery companies for the Law 11.101 of 2005. The company suffered juridical modifications: article 170 of the Federal Constitution of 1988. The Civil Code of 2002 adjusted the profile of the modern company. Both created the assimilation of the theory of the company: agent of economical fomentation and institutional conduct. These concepts are transported for the company in the process of judicial recovery because the crisis is not more view under the economical and internal prism of the company, but the business crisis affects the society in general. Therefore, the procedure of judicial recovery or extrajudicial should attempt to the needs of the form stakeholders to reach, with the maintenance of the source producing, better social justice, he/she wants during or after the recovery; until, when of the announcement of the break falimentar, of form balanced, fair and ethics.

KEY-WORDS: Crisis; Recovery Of Companies; Lawsuit; New Business Law; Constitutional Protection Of Stakeholders.

*Adalberto Simão Filho, Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado. Professor. Titular da UNAERP/SP e das FMU/SP- adalbertosimao@uol.com.br.

**Daniela Pellin, Advogada. Especialista em direito processual penal e direito empresarial pelas Faculdades Metropolitanas Unidas. Mestranda em Direito da Sociedade da Informação pelas Faculdades Metropolitanas Unidas. Secretária da Comissão de Direito na Sociedade da Informação da Ordem dos Advogados do Brasil Seção de São Paulo. daniela.pellin@terra.com.br

INTRODUÇÃO

A empresa tal como a conhecemos nos dias atuais vem se remodelando passo a passo para encontrar melhor encaixe e adesão à nova ordem mundial sócio-econômica, a qual impõe o entrelaçamento da empresa com o Estado, justamente, no seio de uma ordem econômica eficiente. A empresa passa a demonstrar sua função social atentando às melhorias das condições humanas de dignidade e justiça social, concomitantemente, ao exercício da atividade lucrativa.

A empresa nacional, a partir da Constituição da República, de 1998 e após a promulgação do Código Civil de 2002, vestiu essa roupagem de forma clara, já que a carta política elevou a empresa ao status de agente econômico (art. 170). O diploma legal, ao assimilar a teoria da empresa (Asquini, Itália, 1943) culmina por lhe atribuir importante papel institucional.

Neste compasso, a empresa passa a buscar cumprir o seu objeto social aliado à função social. Não obstante seja uma estrutura voltada para equalizar o lucro fordiano de até então, deve a empresa contemporânea também concorrer com o fim precípua de escutar os anseios da sociedade do seu entorno, cujos agentes, identificados como stakeholders, são os atores principais das preocupações e investimentos empresariais, uma vez que, são alvo de consumo e de inclusão social, incentivando mediante ações de governança corporativa, a valorização do trabalho, a erradicação da pobreza, o incentivo cultural, a preservação e resgate da dignidade da pessoa humana, alcançando com isso um círculo virtuoso de consumo e de cidadania.

Todavia, a empresa, ainda que assim o seja, pode vir a enfrentar crises econômico-financeiras e ver o exercício da atividade empresarial ameaçado por externalidades que a impeçam de dar continuidade ao respectivo papel institucional, suscitando a crise.

A Lei 11.101/05 veio em bom momento proteger a empresa como fonte produtora de riquezas e de recursos, a fim de que a mesma possa cumprir dignamente esse papel, através de sistema protetivo esculpido na Lei, voltado à recuperação de empresas, quer fazendo uso extrajudicial, quer uso judicial, ou ainda, ver-se a falência decretada e acompanhada com o fim de mitigar os prejuízos sociais, uma vez que intenta, como se vê do artigo 47 da Lei, que o espírito da norma é o de preservar a fonte produtora para não subjugar a atividade econômica que gera empregos e paralisar a continuidade das atividades sociais desenvolvidas no interregno da crise.

Portanto, quando a empresa em crise faz uso dos benefícios da proteção sistêmica gerada pela lei recuperacional, certamente deverá fazê-lo sob os auspícios da ética, quer na conduta, quer quando da apresentação do plano de recuperação, almejando com isso, a manutenção do comprometimento social do respeito à dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho, respeitando o papel institucional da função social que lhe é inerente.

1. VISÃO HISTÓRICA EVOLUTIVA DO FENÔMENO CHAMADO “EMPRESA”

A empresa como hodiernamente conhecemos e, muito tranquilamente, entendemos, às duras penas, alcançou o status de que é revestida. É vista como instituição, agente fomentador da economia, concentra riquezas e informações e, sobretudo, na

atualidade, pode também ser vista como agente de ética e responsabilidade social.

Entretanto, para alcançarmos total reflexão e maturidade sobre o fenômeno, mister buscar, a partir do seu nascedouro, a raiz social e jurídica que lhe deu tais contornos essenciais e vitais à sociedade, passando, necessariamente, a investigar, pelos tempos históricos, a sua razão de ser e existir frente ao espírito do homem, como se verá a seguir como área de interesse no estudo.

O panorama em que se instalou o que, na sequência, fora identificado como “Ato de comércio”, deu-se na transposição do século X para o XI, em razão de uma necessidade dos mercantilizadores da época, em franca expansão, incrementarem as atividades mercantis, os quais eram sujeitos de ferrenho controle feudal e religioso pela igreja católica.

Os mercantilizadores praticavam escambo e na evolução do instituto, com a inserção da moeda como objeto de valor nas trocas, passaram a driblar o controle que a igreja fazia nas atividades de mercancia, utilizando-se das moedas. Diga-se que a igreja católica, sempre com o intuito de não dividir ou enfraquecer o poder que lhes era peculiar, não autorizava a hipótese de cobrança de juros – a usura.

Os comerciantes, almejando alcançar maior liberdade comercial e expansão territorial, passaram a organizarem-se, coletivamente, através do que foi chamado, corporações de ofício.

As corporações de ofício são o marco do direito comercial. Tinham natureza jurídica de associações. Os comerciantes atuavam coletivamente na defesa da expansão e liberdade mercadológicas, combatendo a rigidez feudal com resistência e dinamismo, unindo-se em viagens comerciais, levando às cidades feudais crescimento econômico e social, ensejando a formação das cidades, combatendo, coletivamente, saques de bandidos e piratas, estabelecendo competitividade por melhores preços e leis de mercado, numa ideologia constante e revolucionária, de que a união era capaz de fazer a força.

E nesse ideal comercial as corporações começaram a surgir em todo o continente e ganharam status de norma. Na França, por uma lei do Rei, Ordenança de Savary, o estatuto das corporações foi estabelecido. Na Itália, por iniciativa dos comerciantes e artesãos¹ foi codificada a prática.

Com a regulação do instituto, só quem fazia parte de uma corporação detinha privilégios ao exercer atividade econômica, excluindo dessa cultura privilegialista e de segurança, o comerciante que a não integrava. O regime jurídico de proteção dependia dessa qualificação.

Bruno Mattos e Silva, ao prelecionar acerca desse período informa que...

As corporações mantinham um rígido controle sobre seus membros, que extravasavam os limites da atividade comercial. Iam mais além: quem não tivesse um comportamento considerado adequado era expulso da corporação. Bem se vê, assim, que as corporações produziam direitos e obrigações, cujo descumprimento importava em sanção. Essa competência para produzir e dizer o direito não se limitou ao âmbito interno da corporação, mas passou a estender seus efeitos àqueles que com os comerciantes tinham negócios. A

¹SILVA, Bruno Mattos e. *Direito de Empresa - Teoria da Empresa e Direito Societário*. Rio de Janeiro. Atlas: 2007; p. 12.

corporação fiscalizava a qualidade e o preço das mercadorias produzidas por seus membros, que deveria ser 'justo'².

Fábio Ulhoa Coelho, acrescenta:

(...) entre a segunda metade do século XII e a segunda do século XVI, o direito comercial é o direito aplicável aos integrantes de uma específica corporação de ofício, a dos comerciantes. Adota-se, assim, um critério subjetivo para definir seu âmbito de incidência. A letra de câmbio, os bancos e o seguro são exemplos de institutos já existentes nesse período³.

Esclarece este Autor que num segundo período da história do direito comercial, séculos XVI a XVIII, o direito dos membros da corporação dos comerciantes prevalecia na Europa Ocidental. Já na Inglaterra, houve o desenvolvimento do Common Law contribuindo para a superação dessa característica, tendo como relevante instituto criado nesse período, o da sociedade anônima.

Na evolução do instituto, em 1807, em França, após a edição da Ordenança de Savary, houve redução do poder das corporações de ofício, dando azo a maior abrangência e ampliação do conceito, quando estabelecido foi no artigo 1o, do Code de Commerce, que comerciante era quem praticava os atos de comércio, profissionalmente⁴, ou seja, a qualificação de comerciante adviria do ato praticado e não da inscrição nos anais da corporação de ofício.

Eram as atividades estritamente comerciais, mercantis, classificando-as a doutrina italiana como sendo as de compra para revenda, operações bancárias, empresas e seguros (Rocco, comentando o artigo 3º do Codice di Commerce del Regno D'Itália, de 1882⁵) sempre envolvendo a intermediação através do dinheiro.

Entendia Rocco, alargando visionariamente o conceito, ser o ato de comércio "Ogni atto in cui si realizzi una funzione dello scambio ed ogni atto connesso con questa funzione intermediaria"⁶.

Com a expressão, Rocco interpretava que o conceito jurídico de atos de comércio deveria abranger, também, todas as relações derivadas ou de um ato de comércio propriamente dito ou da qualidade de ser comerciante, sem exclusão de todas as relações derivadas e desdobradas que se identificassem com atividades comerciais, se aproximando, em muito, do conceito de empresa hodierno.

Atos de comércio, dogmaticamente, considerado, era negócio econômico de produção ou intermediação entre produtores e consumidores regidos em Lei mediante regras especiais (sic). O comerciante era a pessoa que desenvolvia tais atos de comércio, profissionalmente.

²Idem, p. 14.

³COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Vol. 1. São Paulo. Saraiva: 2004; p. 13.

⁴Art. 1º. do Code de Commerce: "Sont commerçant ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle".

⁵ROCCO, Alfredo. Lezioni di diritto commerciale, Pádua: Casa Editrice Dott. A. Milani, Già Litotipo, 1929, Parte II – La cambiale. V.6; p. 173 e ss.

⁶Idem, p. 228.

Fábio Ulhoa Coelho identifica esse período da história como sendo o terceiro relativo ao fenômeno investigado, mencionando que “o terceiro período (séculos XIX e primeira metade do XX), se caracteriza pela superação do critério subjetivo de identificação do âmbito de incidência do direito comercial. A partir do código napoleônico, de 1808, ele não é mais o direito dos comerciantes, mas dos ‘atos de comércio’”.⁷

Atos de comércio foi a teoria jurídica importada (1850), pelo Brasil, do sistema jurídico da França (Code de Commerce, 1808), copiando fielmente o artigo 1º daquele novel comparado, como nos ensina Rachel Sztajn:

... embora não o tenha seguido na definição ou enumeração de atos de comércio, mas fixou-se ao mercadejar, deixando para o Decreto (Regulamento) n. 737, do mesmo ano, enumerar atos que seriam submetidos aos Tribunais de Comércio e, nessa sede, tal como no art. 632 do Código do Comércio Francês, aparecem as empresas de fábricas, de comissões, de depósito, de expedição, consignação e transporte de mercadorias e de espetáculos públicos⁸.

Dispunha o Regulamento 737, de 1850:

Art. 19. Considera-se mercancia:

Par. 1º A compra e venda ou troca de efeitos moveis ou semoventes, para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso;

Par. 2º As operações de câmbio, banco e corretagem;

Par. 3º As empresas de fábricas, de comissões, de depósitos, de expedição, consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públicos;

Par. 4º Os seguros, fretamentos, riscos e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo;

Par. 5º A armação e expedição de navios.

Perante o nosso direito comercial, era comerciante a pessoa física ou jurídica que praticava, em nome próprio, com habitualidade e como meio de vida, atos de comércio.

Depois de copiar o artigo 1º do Código Francês, o Código Comercial Brasileiro, de 1850, artigo 4º, dispôs: “Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual”.

Vê-se do conceito estabelecido ao fenômeno, pelo citado diploma legal, que o Estado agia fortemente como agente interventor da atividade econômica desenvolvida pelas empresas, perdurando, francamente, até o advento da Constituição da República de 1988.

⁷COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Vol I. São Paulo. Saraiva: 2004; p. 14.

⁸SZTAJN, RACHEL. Teoria Jurídica da Empresa – Atividade empresária e mercados. São Paulo. Atlas: 2004; p. 89.

O contato com esse mencionado controle estatal pode-se investigar pela exigência de registro na Junta Comercial antes de iniciar a atividade comercial, pelos tipos de sociedades empresárias entabuladas pela legislação, pelo fracionamento do sistema por atividades e setores, com a finalidade precípua de controlar a atividade econômica das empresas, a exemplo do que ocorria na Itália.

O Código Comercial viveu por longas décadas e o controle Estatal deparou-se com o muro intransponível da ineficiência, não acompanhando a evolução do conceito e dos movimentos sociais e empresariais de interação em detrimento dos entraves e controle Estatal sobre a atividade econômica.

O fenômeno empresa açambarcou forte evolução social e temática, forçando, necessariamente, a permissão de entrada da era do neoliberalismo com realce ao princípio da livre iniciativa e livre concorrência, cuja bandeira é a da liberdade econômica, intervenção mínima do Estado e valorização da autonomia da vontade das partes contratantes.

Esse movimento foi demonstrado a partir de 1942, na Itália, pelo Códice Civile, desprezando a separação entre direito comercial e direito civil no intuito de unificar a disciplina privada das relações econômicas, ensejando daí, novo conceito de empresa - à minguia de estarmos de frente a uma quinta etapa de evolução do fenômeno no que tange à empresa na era da sociedade da informação -, estabelecendo regras no ordenamento jurídico tanto para o Direito Civil como para o Direito Comercial no mesmo código privado.

Foi a partir da doutrina italiana de que se serviu o Brasil para inspirar a doutrina Nacional, assimilando os conceitos da visão poliédrica do fenômeno empresa definido por ASQUINI (1943), os quais incutiram, entre nós, o novo conceito sobre a teoria da empresa.

Na visão do doutrinador italiano a empresa representa a evolução teórica de atos de comércio, passando para o estudo do exercício da atividade econômica organizada cujo ente, pode ser visto e identificado sob vários ângulos: funcional, subjetivo, patrimonial (ou objetivo) e corporativo.

Pelo ângulo funcional, a empresa identifica-se com a própria atividade; pelo subjetivo, a empresa é vista através do empresário; quanto ao patrimonial, a empresa é identificada pelo estabelecimento ou azienda e, por fim, o aspecto corporativo é visto através da empresa enquanto instituição (na nossa ótica, com a busca por resultados sociais de forma subsidiária ao Estado, além do lucro).

Por essa visão, a empresa não se confunde com as pessoas dos sócios. Passa a ser ente de direitos e obrigações autônomos, desvinculados da pessoa do empresário, enquanto pessoa física - sócio.

A empresa passa a exercer papel institucional ao lado do Estado e, na forma de empresário individual ou sociedade empresária é reconhecida como Sujeito de direitos e obrigações a ser preservada, independentemente da intervenção humana, na medida em que é agente realizador e valorizador dos meios de produção, representados pelo capital e trabalho, contribuindo para a dignidade humana, sobretudo, porque passa a ter utilidade social e a exercer certa função social, vestindo, deliberadamente, nova roupagem jurídica: teoria da empresa versus atos de comércio.

A empresa é vista, a partir de então, como agente fomentador da economia; o Estado passa a intervir à distância na arte de regular a atividade empresária, outorgando-lhe a livre iniciativa e a liberdade de concorrência - vigiadas; impõe à empresa o mister de agir com ética e responsabilidade social perante a sociedade respeitando

os chamados stakeholders, quais sejam, os agentes interlocutores da atividade empresarial: trabalhadores, consumidores, meio ambiente sustentável, sócios, acionistas, fornecedores etc.

E, no Brasil, não foi diferente. Passada a transição entre o Código Francês e o Código Italiano, veio o Código Civil de 2002, depois de tramitar no Congresso Nacional de 1975 a 2002; o projeto Miguel Reale acaba por eclodir e conduzir o direito privado brasileiro ao melhor encaixe quanto à teoria da empresa.

Embora, o Código Civil de 2002 tenha assimilado a teoria da empresa estabelecida por Asquini, não definiu, com precisão, o que seja o conceito de empresa, contudo, inspirou contornos jurídicos sobre o fenômeno através da definição do que seja empresário, estabelecimento comercial e atividade empresarial, justamente, para não ferir a visão poliédrica originária e recalibrar um conceito que não seja passível de evolução, a exemplo, mencionamos, da nova era da sociedade da informação e do conhecimento, cujo ator principal é a empresa no mundo, sem fronteiras: a empresa transnacional.

Não é por demais deixar à margem da menção que a teoria da empresa já vinha sendo sentida e aplicada em nosso país, não dependendo da reforma que reclamava o Código Civil. A doutrina, a jurisprudência e a própria legislação esparsa já se sensibilizavam com as necessidades de mudança e entendimento do novo fenômeno.

E foi, já, em 1990, com a edição do Código de Defesa do Consumidor, que se pôde ver o tratamento dispensado pelo legislador em face dos fornecedores, de forma igualitária em direitos e obrigações, independentemente, do ramo da atividade econômica.

Fábio Ulhoa Coelho nos esclarece como foi essa transição:

O direito comercial brasileiro filia-se, desde o último quarto do século XX, à teoria da empresa. Nos anos de 1970, a doutrina comercialista estuda com atenção o sistema italiano de disciplina privada da atividade econômica. Já nos anos de 1980, diversos julgados mostram-se guiados pela teoria da empresa para alcançar soluções mais justas aos conflitos de interesse entre os empresários. A partir dos anos 1990, pelo menos três leis (Código de Defesa do Consumidor, Lei de Locações e Lei de Registro do Comércio) são editadas sem nenhuma inspiração na teoria dos atos de comércio. O Código Civil de 2002 conclui a transição, ao disciplinar no Livro II da Parte Especial, o direito de empresa⁹.

O panorama sentido nos dias de hoje através da teoria da empresa já reclama a sua melhor adequação ao mundo globalizado, a exemplo do desenvolvimento da respectiva atividade empresarial no âmbito da sociedade da informação e do conhecimento, o que podemos mencionar como a quinta era na evolução do fenômeno; fato social esse que ainda encontra-se tateando, no escuro, preceitos jurídicos de ordem mundial e Constitucional de adequação diante das tecnologias da informação.

⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Vol I. São Paulo. Saraiva: 2004; p. 26.

2. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA

2.1. A crise

Nos restantes vinte e cinco anos do século XX, concomitantemente com a evolução provocada desde o final da Segunda Guerra Mundial, houve a reforma da Lei de Falências dos Estados Unidos (Brankruptcy Reform Act, de 1979), passando a dar possibilidade, diante da insolvência da empresa frente ao panorama mundial de crise econômico-financeira, de soluções para salvar a empresa da crise, já que havia sido identificada como unidade produtiva de riquezas e mantenedora da dignidade da pessoa humana através da conservação do emprego, passando a viabilizar novas formas de satisfação dos credores, com minoração de suas perdas.

Na França, sobreveio a Lei n. 94.495, de 1994, sobre a prevenção e tratamento das dificuldades das empresas.

Na Inglaterra, o Insolvency Act, de 1986, estabeleceu-se o processo de Recuperação de empresa, permitindo o acordo de credores, a gestão controlada e a reestruturação financeira.

Na Alemanha, a lei sobre insolvência (insolvenzordnung), 1999, também tinha em vista dar solução à empresa em crise financeira.

Na Espanha, a Lei Orgânica de 09.07.2003, visava a reforma concursal.

Nos demais países o cenário foi o mesmo e o Brasil não ficou à margem de observação da crise e da necessidade de permanência da empresa enquanto ente de responsabilidade social e fenômeno de fomento econômico.

A crise, diz Fábio Ulhoa Coelho¹⁰, se identifica como sendo a retração considerável nos negócios desenvolvidos pela sociedade empresária. Estabelece o Autor que há uma sistemática na divisão da crise; crise econômica - financeira, ou patrimonial na empresa e que são distintas entre si, podendo, no mesmo momento, ocorrer mais de uma hipótese.

A crise econômica pode ser generalizada, de âmbito nacional de responsabilidade do Governo na arte de administrar o País; pode ser também, segmentada ou, até, atingir somente a empresa, quando o empresário, imaginando que a crise que lhe acomete seja de responsabilidade macro, na verdade, faz parte de mau gerenciamento do negócio, não dispondo de tecnologia empresarial no desempenho da atividade empresarial, estando incapaz de competir no mercado.

A crise financeira se dá quando a empresa não tem recursos líquidos para arcar com suas despesas. É caso de iliquidez no mercado, de inadimplência. Pode ser o caso, também, de excesso de ativo imobilizado, demonstrando caso de insolvabilidade e não de insolvência. A melhor representatividade da crise financeira é exatamente a inadimplência quanto aos compromissos financeiros assumidos pela empresa sem conseguir honrá-los, gerando a impontualidade.

Pela crise patrimonial vê-se a insuficiência de bens no ativo da empresa para atender à satisfação do respectivo passivo, apresentando perante o mercado condição temerária de solvência, indicando riscos aos credores.

Da linha tênue que separa uma característica da outra, está autorizado dizer que as três situações estão entrelaçadas a ponto de serem consideradas como quadro geral de crise, uma depende da outra e uma desencadeia a outra, podendo ser fatal à empresa

¹⁰Op.cit. p. 216.

ou, ainda, apresentar traços que ensejem um procedimento recuperacional.

Quando a crise é fatal o prejuízo é em cadeia. Atinge a vida da empresa, os investidores, os empresários, os trabalhadores, os consumidores, o meio ambiente, o Estado, ou seja, todos os agentes econômicos interlocutores da empresa em crise, afetando, conseqüentemente, “postos de trabalhadores, redes de abastecimento, diminuição de arrecadação de impostos, paralisação de satélites, problemas sérios na economia local ou até nacional”.¹¹

O Direito não fica alienado de proteger tais fatos sociais e econômicos alcançando melhor sorte, à míngua de todo o direito comparado de que se serviu de inspiração, a Lei 11.101, de 2005, “Lei de Recuperação de Empresas”, vislumbra, de igual forma, manter a fonte produtora nacional – a empresa como forma de preservar a sua função social.

A empresa brasileira, de modo geral, esbarra na crise interna e externa e, sobretudo, quando se depara com a norma imposta pelo artigo 170, da Constituição Federal. E, assim se diz porque, embora, seja agente capaz de livre iniciativa e concorrência, encontra limites e parâmetros de acerto perante o mercado interno e externo devendo responder na exata medida de seus stakeholders (sic), agindo sobremaneira, com ética e responsabilidade social.

Se a empresa não é capaz de atender seu mercado econômico, bem como, não está sendo capaz de auferir resultados financeiros e sociais, inspirados na satisfação constante dos stakeholders, certamente, é pintada a tela da crise na empresa, não só compactada pela insolvência financeira, mas, sobretudo, pela ausência de resposta efetiva à sociedade, demonstrada pela queda nos seus índices econômicos, com reflexos até nos eventuais balanços sociais, caso a empresa se engaje no conceito de socialmente responsável, podendo ter uma responsividade negativa por parte do mercado como um todo.

A impossibilidade de a empresa continuar o exercício do respectivo papel institucional, mesmo que em face de adimplência financeira perante o mercado, constitui a característica mais marcante da crise da empresa brasileira. Não é só a escassez de dinheiro que demonstra a crise, mas, sim, a ausência de participação da empresa no seu papel principal, que é o institucional.

A resposta institucional da empresa é a representatividade reflexa dos princípios éticos e de responsabilidade social, pelos quais deveriam em tese se prestar para contribuir de alguma maneira para a solução da crise num mercado global.

A empresa ética procura contornar a crise respondendo sempre que possível, com adimplência, boa-fé objetiva, respeito à função social dos contratos e da propriedade e conduzindo-se de forma socialmente responsável, como forma de buscar o apoio e a resposta eficaz dos stakeholders, devolvendo ao respectivo destinatário social, o resultado de toda eficiência mercadológica através de cooperação institucional. E toda essa engrenagem funcionando boa e perfeitamente ajustada conduz à empresa ao círculo virtuoso de responsividade, cujo sucesso, pela via reflexa, acaba por ter a obtenção de melhores resultados e do almejado lucro, com a possibilidade real de vencer a crise.

Se a empresa não estiver bem enquadrada sob esses itens, certamente, terá mais dificuldades para vencer uma crise econômico-financeira.

¹¹ COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Vol 3. São Paulo. Saraiva: 2004; p. 217.

2.2. A recuperação da empresa

Neste cenário de crise que atinge a empresa brasileira - já não é de hoje - certamente, haveríamos de ter o mesmo incentivo de proteção à empresa, passando do Direito puramente social para uma visão evolucionista de Direito Econômico, assim como os países comparados o fizeram, com o intuito de estimular a atividade econômica objetivando a preservação da empresa em busca dos resultados econômicos e sociais partindo-se da segurança jurídica sistêmica gerada pela nova lei recuperacional.

Mas a boa notícia é a de que estamos em franca expansão desse ideário donde já são sentidos os primeiros efeitos através de empresas nacionais comprometidas com a sociedade, às quais, já vêm demonstrando pelos balanços sociais, o que estamos a considerar como perfil da empresa pós-moderna (séc. XXI) passível de proteção pelo sistema legislativo em momentos de crise.

A Lei Falimentar de 1945 (Decreto 7661/45) necessitava de reforma por não conseguir mais se adaptar aos novos tempos e ao universo de modificações legais gerado pelo advento do Código Civil, inclusive de natureza principiológica.

Newton De Lucca, comentando acerca da novel Lei 11.101, de 2005, atacando o obsoleto Decreto de 1945, menciona nos seus ensinamentos que:

Já em 1955, o gênio profético de Ascarelli houvera se apercebido da enorme defasagem dos vários institutos reguladores da crise econômica da empresa, conforme se verifica pelo seguinte trecho de suas exuberantes lições:

‘Importa somente observar como o problema do procedimento falimentar interpenetra-se com aquele relativo ao exercício de uma atividade – em contraposição com a prática de atos isolados – e de uma atividade econômica; é por isso que o procedimento falimentar é historicamente desenvolvido como peculiar de quantos exercem profissionalmente uma atividade comercial e que essa mesma geral extensão (como se verifica no ordenamento germânico) apresenta-se não apenas como a daqueles que não exercitam atividade econômica, mas como a daqueles que exercitam a atividade agrícola que constitui exatamente a atividade econômica tradicional contraposta à atividade comercial.

As normas sobre a insolvência reportam-se a uma disciplina que, em sentido amplo, podemos dizer referida a uma especial responsabilidade do empresário (comercial), que se projeta também para o campo penal. Será exatamente através da disciplina falimentar que mais nitidamente revelar-se-á a especial disciplina do empresário comercial.

Examinaremos exatamente, em seu devido lugar, o desenvolvimento e a disciplina dos institutos falimentares; notaremos, então, o acento que, no desenvolvimento de nossa legislação, foi posto gradativamente sobre uma consideração sempre mais marcadamente processual do instituto, consideração traduzida legislativamente na acentuação dos poderes do juiz delegado, na desvalorização da comissão de credores e assim por diante. Teremos, então, a oportunidade de examinar criticamente tal orientação e, conjuntamente, a crise do instituto falimentar, segundo o meu entendimento, a con-

seqüência dessa orientação que acabou por olvidar a peculiaridade dos problemas para a solução dos quais é entendido o instituto¹².

As críticas mais severas em torno do Decreto 7.661, de 21/06/1945 referem-se ao diploma como não sendo hábil e eficaz para contornar as conseqüências sócio-econômicas dos tempos e dos mundos que interagem as empresas, bem como, não atentando à evolução do sistema econômico mundial, mas, sim, valorizando, excessivamente, normas regulamentadoras de processo, na contramão do que Fábio Konder Comparato considerou declinar como sendo elemento identificador e definidor da civilização contemporânea: “se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva de elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa”.¹³

Também, dirigiu-se o diploma, fundamentalmente para o comerciante individual, ignorando a existência da empresa enquanto atividade econômica na produção e circulação de bens e serviços, ocupando um espaço que transcende, em muito, ao dos sócios e, sobretudo, não fez a distinção entre empresário e empresa, considerando ambos em crise e ambos um só agente jurídico, não os distinguindo.

De igual forma, não atentou às práticas negociais, culminando com um formalismo processual exacerbado que sequer foi eficaz para com relação aos direitos dos credores que intentou proteger, fazendo, ainda, do procedimento falimentar, um meio de cobrança que foi ao longo do tempo, rechaçado pela jurisprudência nacional, posição prestigiada pelo novo diploma.

Não nos olvidemos de considerar que a máxima proteção ao Fisco dada pela derrocada Lei ensejava forte insegurança jurídica aos credores, especialmente, aos credores com garantia real no momento de conceder créditos às empresas.

Desde 1970, o professor, Fábio Konder Comparato, já dizia acerca da inadvertida norma de 1945, dispondo da seguinte forma:

O mínimo que se pode dizer nessa matéria é que o dualismo no qual se encerrou o nosso Direito Falimentar – proteger o interesse dos credores – não é o molde a propiciar soluções harmoniosas no plano geral da economia. O legislador parece desconhecer totalmente a realidade da empresa, como centro de múltiplos interesses – do empresário, dos empregados, dos sócios capitalistas, do empresário. De nossa parte, consideramos que uma legislação moderna da falência deveria dar lugar à necessidade econômica da permanência da empresa. A vida econômica tem imperativos e dependências que o Direito não pode, nem deve, desconhecer. A continuidade e permanência das empresas são um desses imperativos, por motivos de interesse tanto social, quanto econômico.¹⁴

Rubens Requião, de igual forma, não poupou a eloqüência crítica à necessidade de reforma do sistema falimentar nacional:

¹²LUCCA, Newton De e SIMÃO FILHO, Adalberto. Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falência. São Paulo. Quartier Latin: 2005; p. 22/23.

¹³Idem, p. 27.

¹⁴Idem, p. 18.

Muito mais que o Código Civil e do que o Código de Processo, tanto quanto, sem dúvida o Código Penal e o Código de Processo Penal, se evidencia e se impõe a reforma do direito falimentar. A falência e a concordata, como institutos jurídicos afins, na denúncia de empresários e juristas, se transformaram em nosso País, pela obsolescência de seus sistemas legais mais do que nunca, em instrumento de perfídia e de fraude dos inescrupulosos. As autoridades permanecem, infelizmente, insensíveis a esse clamor, como se o País, em esplendida explosão de sua atividade mercantil e capacidade empresarial, não necessitasse de modernos e funcionais instrumentos para o seguro desenvolvimento econômico nacional.¹⁵

A Lei 11.101, de 2005, afinada com preceitos comparados, então, veio ordenar a crise do fenômeno econômico empresa, no Brasil, valendo ressaltar algumas nuances de magnitude ímpar na compreensão do instituto.

Manoel Alonso disse a respeito da esperança depositada na aplicação do novel instituto:

Diante dos MEIOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL, no contexto do novo diploma falimentar, como aqui desprentensiosamente expostos, são fundadas as esperanças do universo jurídico do País na maior celeridade, eficiência e efetividade na apreciação e julgamento dos processos sujeitos ao alcance da Lei Federal nº 11.101/05, incluídas as ações penais (art. 15 da Lei Estadual nº 3.947/83).¹⁶

A primeira consideração sistêmica sobre o instituto legal é a de que, na dúvida quanto ao manejo da Lei, deverá ser aplicado à análise, o princípio da preservação da empresa à luz do espírito do Legislador de 2005. É a partir desse princípio preservador da empresa (fonte produtora) que será preenchida a lacuna da Lei. A bem da verdade, é o cerne do novíssimo regramento tendo-se em vista os efeitos macro sócio-econômicos que gravitam em torno da manutenção da vida útil da empresa.

O artigo 47 da referida Lei representa a exata assunção do que vem aduzido no presente trabalho e justapondo-se às necessidades guerreadas pelos entendidos:

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

Nele está açambarcado o espírito da norma quando menciona que o objetivo da recuperação judicial é a superação da empresa em crise econômico-financeira com o fim precípuo de mantê-la viva enquanto fonte produtora; bem da vida salvaguardado

¹⁵ Idem, idem, p. 18/19.

¹⁶ LUCCA, Newton De; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falência. São Paulo. Quartier Latin: 2002; p. 268.

pela Lei e pela Constituição da República (art.170), à legítima continuidade do estímulo à atividade econômica, bem como, a possibilidade da retomada dos resultados sociais.

Newton De Lucca, mencionando Roger Houin, dispôs o que se preconizou por ocasião do relatório elaborado pela comissão de juristas franceses quanto ao tratamento da matéria, na década de 60:

Numa economia de grandes empresas, tomando geralmente a forma de sociedades, ela interessa também aos assalariados, que a liquidação do negócio dispersa; interessa também aos sócios, especialmente os acionistas, que não cometeram outra imprudência senão a de deixar dirigentes incapazes ou desonestos tomar o poder e exercê-lo. Enfim, ela pode concernir à economia do país, que sofrerá a desapareição de uma unidade econômica em estado de funcionamento que, melhor gerida, teria sido viável e produtiva.¹⁷

E, fazendo alusão aos pensamentos de Fabio Konder Comparato, expõe nesse mesmo sentido:

De uma forma ou de outra, uma conclusão necessariamente se impõe: optou o legislador de 2005 por tentar viabilizar, sempre que possível, a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, preservando-se essa 'instituição social que, pela sua influência e poder de transformação', ter-se-á tornado o principal 'elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea', na arguta observação do eminente Professor Fábio Konder Comparato.

Extraí-se, ainda, do artigo 47, menção à função social da empresa que se traduz em preservação dos empregos dos trabalhadores, fato este que afina a Lei aos princípios da ordem econômica do País, cujo ator é a empresa em atividade.

Pela inteligência do espírito da Lei, este artigo 47 culmina: a) em viabilizar a superação da situação de crise, a fim de preservar a fonte produtora - empresa, como é o interesse de todos os envolvidos, em benefício do bem comum; b) não sendo viável a recuperação judicial ou extrajudicial, promover o afastamento do devedor de suas atividades, a fim de preservar e otimizar a utilização dos bens, ativos e recursos produtivos, em processo rápido, para pagamento dos credores (procedimento de falência).

Uma vez considerado o coração da norma, a Lei passa a mencionar os meios que sugere como sendo hábeis à superação da crise da empresa, de forma arrojada e inovadora, associando ao preceito da lei, a visão econômica do Direito, no fiel intuito de dar eficácia e efetividade ao propósito legal, disponibilizando os recursos econômicos de administração e gestão do negócio empresarial.

E está assim contornado o exemplificativo artigo 50. O dispositivo em comento oferece recursos ao operador do direito social a fim de que ele concatene idéias jurídicas às idéias econômicas numa associação de sucesso na recuperação da empresa e gerenciamento da crise. O operador passa a ser multidisciplinar.

É de mais valia dizer que o direito à Recuperação Judicial é exclusivo das socie-

¹⁷ Idem, p. 29.

dades empresárias (salvo exceções legais como instituições financeiras), empresários individuais, micros e pequenas empresas, haja vista, a exigência como pressuposto processual, da demonstração cabal dos requisitos contidos nos artigos 1º, 51 e 70, todos da Lei 11.101/05.

É fato, portanto, que a recuperação da empresa em crise é um instrumento concedido pela lei para que a mesma, uma vez, preenchidos certos requisitos exigidos em Lei, possa propor e negociar com os seus respectivos credores, no âmbito das igualdades de credores estabelecidas por classes, um plano de gestão visando recuperação extrajudicial ou judicial, com vistas à aprovação por parte dos mesmos e homologação pelo Juízo, se o caso.

Diante de tais nuances apontadas, por uma questão óbvia, não caberá ao Poder Judiciário, enquanto ente do Estado politicamente organizado, intervir nas decisões tomadas pelos credores na discussão e aprovação do plano de recuperação, mas, está autorizado a vetar e intervir em planos sem sustentabilidade; ou decretar a falência mediante pedidos infundados, sem ferir o princípio, todavia, da manutenção da fonte produtora. Leia-se: planos que ferem a ética jurídica dos negócios empresariais.

Fábio Ulhoa tergiversa acerca dos planos sem sustentabilidade, sem consistência:

Pela lei brasileira, os juízes, em tese, não poderiam deixar de homologar os planos aprovados pela Assembléia dos Credores, quando alcançado o quorum qualificado da lei. Mas, como a aprovação de planos inconsistentes levará à desmoralização do instituto, entendendo que, sendo o instrumento aprovado um blá-blá-blá incontestado, o juiz pode deixar de homologá-lo e incumbir o administrador judicial, por exemplo, de procurar construir com o devedor e os credores mais interessados um plano alternativo.¹⁸

Conclui Newton De Lucca, acerca do que se disse, expondo que:

Torna-se indispensável que exista, portanto, uma real e inequívoca viabilidade econômica da empresa em dificuldade a fim de que se tenha um fundamento axiológico razoável para poder legitimar o cerceamento da reação legal daqueles cujos direitos foram conspurcados...Caso contrário, estar-se-á premiando, mais uma vez, as manobras cavilosas daqueles maus empresários que elegem, sem nenhum pundonor, a instituição do calote como a mais emblemática de suas vidas...¹⁹

Ora, a Lei 11.101/05 teve como inspiração obrigatória os ditames constitucionais arraigados no art. 170 da Constituição Federal. Esse diploma legal dá efetividade à proteção da empresa a fim de que esse agente fomentador da economia possa exercer seu papel institucional de subsidiar o Estado na erradicação da pobreza, na implantação de melhor justiça social e valorização da dignidade da pessoa humana, quer tendo em vista o contexto histórico de participação da empresa na evolução da sociedade, quer porque a empresa tem papel fundamental no enriquecimento nacional e participação

¹⁸ Idem, p. 33.

¹⁹ Idem, p. 210.

ativa junto à sociedade do entorno onde explora atividade econômica.

E é a partir dessa conclusão que se pode afirmar que o plano de recuperação judicial deve atender aos princípios basilares da empresa pós-moderna, deve atentar a preceitos de ética vislumbrando manter vivo o exercício da responsabilidade social, preceitos da Nova Empresarialidade²⁰.

Conclui-se a partir deste raciocínio, que a empresa em crise interessa ao Estado e à sociedade, como um todo restabelecer, já que a empresa não pode ficar à mercê, eventualmente, de ter sobre si, má gestão de administradores descomprometidos com os ditames da Nova Empresarialidade imposta pelo artigo 170, da Constituição da República.

E, sobretudo, uma vez, reclamada a intervenção protecionista do Estado-Justiça nas dificuldades econômico-financeiras da empresa em crise, deve o plano de recuperação judicial intentar melhor sorte de esforços para manter a fonte produtora e a proteção dos stakeholders que dela dependem, aplicando os preceitos mencionados.

Assim é que o plano de recuperação judicial deve atender aos princípios basilares da empresa pós-moderna e na proposta de repaginação da empresa em crise, deve esta primar por um plano empresarial de recuperação que concatene idéias econômico-financeiras embauladas pela ética e, sobretudo, tendo como meta alcançar e manter os critérios de responsabilidade social na manutenção da atividade empresarial, de forma a cumprir seu papel constitucional de fomentar a economia. É o que veremos a seguir.

3. A NOVA EMPRESARIALIDADE APLICADA NA RECUPERAÇÃO DA EMPRESA

Não há como tratar do assunto Nova Empresarialidade, além de todo o conteúdo que já foi exposto, sem adentrarmos ao artigo 170, da Constituição Federal de 1988 e ao Código Civil de 2002: teoria da empresa. Está o artigo 170 proscrito no título III que trata da Ordem Econômica e Financeira do País, especialmente, definindo os princípios gerais da atividade econômica, cujo contexto se situa a empresa. Já, no Código Civil, temos a partir do artigo 966, a teoria da empresa, dentre outros conceitos que gravitam em torno da nova teoria. Ambos os diplomas vigem a se complementarem e estabelecerem os novos ideais da Nova Empresarialidade.

O mundo vem gradativamente passando por um amplo estágio de redefinição dos princípios éticos que norteiam a atuação das empresas, de maneira a incluí-las num processo que tem por escopo compromissá-las com o bem-estar da humanidade; com vistas à equidade social, o respeito à vida; e ao meio ambiente, como condição para se

²⁰ “Acredita-se, portanto, que a palavra empresarialidade, no contexto empregado neste estudo, possa ser entendida como a atividade empresarial em movimento constante e sucessivo, não importa se exercida pela sociedade simples ou empresária ou pelo empresário individual e o inter-relacionamento desta com os fornecedores, mercado consumidor, mercado de valores mobiliários, agentes econômicos diversificados, trabalhadores, meio ambiente, e, finalmente, em relação aos próprios sócios e acionistas, gerando uma sinergia completa que culmina em vivificar a empresa e agregar valor”. SIMÃO FILHO, Adalberto. Nova Empresarialidade - Uma visão jurídica reflexa da ética na atividade empresarial no contexto da gestão e da sociedade da informação. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2002. Pág. 23.

edificar uma sociedade culturalmente equilibrada, economicamente próspera e socialmente justa, encontrando eco, destarte, com a Lei 11.101/05, lançando mão, a empresa, para a manutenção da respectiva atividade e a continuidade do respectivo papel.

Nesse novo ambiente empresarial impõe-se, às organizações, a concepção de que a sustentabilidade empresarial - que antes se cingia à geração de empregos e oferecimento de bens e serviços de massa culminando com lucro - engloba, também, no mínimo, a satisfação dos compromissos sociais que estão positivados no ordenamento jurídico pátrio: erradicação de pobreza, justiça social, valorização do trabalho e preservação da dignidade da pessoa humana, cujo exercício da atividade empresarial deve ser pautado na ética.

A empresa enquanto ente institucional - um dos seus aspectos - atua lado a lado com o Estado, em parceria ou isoladamente, providenciando o que chamamos dos resultados sociais. Significa dizer que, a empresa não visa tão somente o lucro como objetivo primário único e absoluto, mas, envolve-se com o bem estar social e econômico da sociedade que gira em torno de si e com ela compartilha dos resultados econômicos; quer com trabalho, quer com consumo; quer com atividades sociais, culturais, educacionais, protetivas do meio ambiente etc., comunicando-se, o tempo todo com a organização da própria comunidade em agrupamentos sociais e representativos. São os chamados, stakeholders.

Um bom exemplo de como a empresa exerce papel institucionalizado – repise-se: papel da Nova Empresarialidade - além de sua natureza econômica é a forma entabulada globalmente pelos critérios de governança corporativa. É o que nos ensina Adalberto Simão Filho:

A governança corporativa aplicada à atividade empresarial é resultante da adoção de princípios tidos por norteadores da conduta dos administradores, com reflexos diretos na gestão, na empresa e na relação interna corporis, entre acionistas e com o mercado, lastreando-se tal conduta em princípios éticos aceitos como ideais pelos praticantes.

Quanto aos fatores econômicos, a empresa deve observar e cumprir os princípios da função social da propriedade, exercitar legalmente, a livre iniciativa e concorrência, respeitando o consumidor, o meio ambiente e fomentando o emprego, agindo mediante boa-fé objetiva nos contratos e respeitando a função social dos mesmos; agregando valor social à propriedade.

Extraí-se da continuidade do artigo 47, analisado pelo estudo, já que contém o espírito da norma, uma vez preservada a fonte produtora que prima pelo estímulo à atividade econômica, estar-se-á preservando o emprego dos trabalhadores e os interesses dos credores, fatos estes que culminam com a função social da empresa. Essa é a engenharia aparente do artigo, sistematicamente, interpretado.

Portanto, o artigo se divide em duas esferas de proteção constitucional: o estímulo à atividade econômica (vida e manutenção da fonte produtora) e a função social (resultados sociais).

O estímulo à atividade econômica foi objeto de menção anterior. A função social da empresa é instituto novo entre nós. O Código Civil de 2002 faz alusão no artigo 421 à função social dos contratos, podendo, a partir daí, ampliar para os contratos sociais de constituição das empresas, bem como, os contratos que realiza, uma vez que a regra

é geral. Encontramos nos comentários essenciais de Newton De Lucca a clareza do que se está a considerar como pertinente:

(...) A norma do art. 421 alcança, tecnicamente falando, a figura da sociedade em geral- quer as empresárias, quer as não-empresárias -, mas não abarca a atividade do empresário individual que a exerce, como é curial, independentemente da existência de um contrato de sociedade.

Poder-se-ia acrescentar, ex abundancia, que nas sociedades por ações, desde 1976, existe a norma explícita do parágrafo único do art. 116 da Lei 6.404, segundo o qual o acionista controlador 'deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir a sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e antender'²¹.

Não há artigo específico acerca da função social da empresa no Código Civil. Aí vai a crítica dos doutrinadores. Pode-se extrair, sim, esse conceito da Lei de Sociedades Anônimas e da Constituição Federal, tal como ventilado.

Não obstante, nas Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal foi elaborado o Enunciado nº 53, foi tratado que, embora o Código Civil não mencione a função social das empresas, isso não significa que esta não existe.

Alexandre Husni, em sua magnífica obra, mencionando Ana Frazão de Azevedo Lopes, auxilia na construção do conceito:

Conclui assim que o objetivo da função social é o de mostrar o compromisso e as responsabilidades sociais da empresa, reinserindo a solidariedade social na atividade econômica através de condicionamentos à própria atividade empresarial e, ainda, que a função social da empresa é o corolário de uma ordem econômica que, embora constituída por vários princípios, possui a finalidade comum de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, de maneira tal que a responsabilidade da empresa não se faz tão-só perante os seus concorrentes e consumidores, mas também em face da sociedade como um todo. Assevera a Autora que inclusive com relação àqueles que estão afastados do mercado consumidor, exatamente em razão da pobreza e da miséria²².

No exercício da atividade empresarial, respeitada a relação social de confiança do mercado, a empresa foi investida pelo artigo 170 da Carta Republicana como agente institucional, participando ao lado do Estado, dos cuidados e resultados sociais, quer

²¹ LUCCA, Newton De; SIMÃO FILHO, Adalberto. Comentário à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências. São Paulo. Quartier Latin: 2002; p. 206.

²² HUSNI, Alexandre. Empresa socialmente responsável. São Paulo. Quartier Latin: 2007; p. 82.

quanto aos investimentos, quer quanto à mitigação das injustiças sociais, interagindo, fortemente, com os chamados stakeholders durante o curso do desenvolvimento da atividade empresarial, a exemplo, da manutenção dos empregos e do ajuste com os credores com intervenção mínima do Estado, vislumbrando não impedir o fomento econômico da atividade, salvo preservação dos interesses meta-individuais envolvidos ou dignidade da pessoa humana. Este, por consequência, é o espírito político da Lei 11.101/05.

Quando a empresa está em crise, afetado está o mercado como um todo.

A empresa em crise não abastece o mercado de consumo, portanto não fomenta a economia, a livre iniciativa e a concorrência; não gera empregos suficientes para manter a dignidade das pessoas que dependem da manutenção da fonte produtora na respectiva região para sobreviverem; não tem giro de capital e, portanto, não acumula riquezas; não devolve investimentos sociais; não produz balanço social; não investe em recuperação de meio ambiente; não promove educação; não propaga ética; não reflete Standard comportamental necessário.

Sendo a recuperação judicial um dos meios de fomentar a economia e preservar a fonte produtora para que a empresa venha a desempenhar sua função social; certamente, os mesmos princípios constitucionais, que se resumem em ética e responsabilidade social, devem comprometer a convocação dos credores ao plano de gestão corporativa com realização de passivos e ativos da empresa em crise. Todos devem estar comprometidos com tais princípios basilares para atentar às questões macro-sócio-econômicas, preocupando-se com os interlocutores principais da atividade econômica.

Alexandre Husni é adepto desse comprometimento ético no uso da proteção da Lei 11.101/05:

Parece-nos que empresas que tenham um engajamento adequado ao cumprimento de sua função social quer porque são ativas em projetos sociais ou porque possuem uma excelente política de relacionamento com os seus trabalhadores e fornecedores por conta da adequação ao sistema de governança corporativa e que trabalham na linha de uma conduta ética empresarial terão maiores possibilidades de obter êxito nas formulações contidas no Plano que possam apresentar aos credores como forma de recuperação.

Uma empresa em crise que maneja dos recursos disponíveis na Lei 11.101, de 2005, presta dever legal e moral aos seus consumidores, aos seus trabalhadores, aos acionistas, aos fornecedores, ao meio ambiente sustentável etc., inserindo-os como metas de preocupação na arte de recuperar, sem desprezá-los à míngua de melhores e gigantescos créditos econômicos, enquanto sociedade expectadora do sucesso da empresa para interagir novamente com ela.

O artigo 83 da NLF elenca em cadeia ordinária os créditos na falência, dando prioridade de pagamento, em caso de quebra, aos créditos derivados das relações de trabalho. Ora, o sistema é protetivo. Se, em caso de falência, por questões de função social da Lei 11.101, devem tais créditos ser pagos pela ordem primeira no plano de recuperação judicial, quanto mais deverão ser motivo de preocupação quando da apresentação da reinvenção da empresa e daí, por diante.

O mundo vem gradativamente passando por um amplo estágio de redefinição dos princípios éticos que norteiam a atuação das empresas, de maneira a incluí-las no

processo que tem por escopo compromissá-las com o bem-estar da humanidade, com vistas à equidade social, ao respeito à vida e ao meio ambiente, como condição para se edificar uma sociedade culturalmente equilibrada, economicamente próspera e socialmente justa, encontrando par com o recurso legal da Lei 11.101 lançado à mão da empresa em crise.

Destarte, conclui-se que os fins sociais são atingidos quando a empresa utiliza o seu poder econômico com moderação, em obediência aos princípios norteados pela boa-fé nos negócios, pela dignidade de conduta, pelo respeito aos valores morais e pela ética nos relacionamentos, pugnando pelo equilíbrio satisfatório que deve imperar entre as ambições capitalistas e as justas expectativas da sociedade, fatos estes que podem culminar em crise e necessitar do socorro da Lei 11.101/05, dada a competitividade aparente no mercado.

Fábio Konder Comparato, na sua maravilhosa obra acerca da Ética, dispõe os conceitos apontados:

Hoje, não obstante a propaganda avassaladora orquestrada pelos grandes agentes do capitalismo internacional em prol de uma política de globalização a serviço de seus interesses nacionais e empresariais, cresce em todos os povos o sentimento ético da ilegitimidade das normas e instituições que regem as relações internacionais. Torna-se, portanto, urgente e necessário construir um novo quadro institucional, fundado no princípio de que 'a dignidade inerente a todos os membros da família humana, e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo', como proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948"²³.

E é com vistas ao apelo a tais invocativos necessários à sobrevivência da sociedade pós-moderna, era da qual nos inserimos juntamente com o novel diploma da Lei 11.101, de 2005, que se espera, ardentemente, pela manifestação de propostas íntegras, inteligentes e socialmente saudáveis na arte de recuperar a crise da empresa nacional, sem o que, ficaremos à margem da empresa ideologicamente global que coopera com a economia mundial, bem como, o exercício de retomada do Standard comportamental desejado por todos, com ética e responsabilidade social no desenvolvimento das atividades empresariais, num círculo econômico virtuoso.

As empresas hodiernas que apresentam problemas de gestão corporativa, ou seja, tomando decisões marginais aos conflitos sociais, são objeto de atenção das autoridades públicas, haja vista que promovem desajustes sociais no curto prazo (demissões, lacunas no mercado etc), podendo resultar, inclusive, em falência – legítima ou fraudulenta; e problemas potenciais no longo prazo, decorrentes da fuga dos investidores, aumento de custo de capital e redução dos investimentos.

A responsabilidade social no exercício da governança corporativa e que alcança a Lei 11.101 é imposição legal, pelo que se pode extrair da leitura do dispositivo contido no artigo 154 da LSA, vedando o diploma os atos de liberalidade, salvo se em favor dos

²³ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*. 3ª reimpressão. São Paulo. Companhia das Letras: 2007; p. 681.

empregados e ou comunidade e em sintonia com os interesses da companhia e sua função social. Portanto, o exercício da responsabilidade é dever da empresa para justapor-se, harmonicamente, com a visão institucional do fenômeno empresa, recepcionado pelo Código Civil de 2002.

Na voz de Lautenschleger Junior a gestão corporativa está intimamente ligada à tomada de decisões no curso da governança da empresa que afetam direta ou indiretamente a sociedade, de comum acordo com a esteia do raciocínio desenvolvido pelo presente trabalho:

Costuma-se diferenciar nas discussões sobre responsabilidade social entre suas dimensões externa e interna. Sob a dimensão interna estão no centro das preocupações, os empregados. Sob a externa, comunidades locais, consumidores, fornecedores, clientes e padrões internacionais de proteção do meio ambiente. (...)

Como preocupações principais relativas à dimensão interna da responsabilidade social encontramos a indicação da necessidade, para a criação e manutenção dos trabalhadores treinados e engajados, da introdução de processos contínuos de reciclagem profissional, maior equilíbrio entre trabalho, família e lazer, maior diversidade da força de trabalho, igualdade de condições e remuneração para mulheres, programas de participação nos lucros, planos de opção de ações e maior atenção ao problema da segurança de emprego. Tais preocupações podem ainda incluir a necessidade de prover um sistema de contratação que exclua processos discriminatórios e possibilite a inclusão de minorias ou excluídos do mercado de trabalho, como idosos, deficientes etc. Também a preocupação com as condições de segurança e saúde do trabalhador, seu envolvimento em processos de reestruturação da empresa e uso de medidas que afetem o mínimo possível o meio-ambiente ('win-win' opportunities) e políticas integradas de produção (integrated product policy) encontram aqui ressonância.

Sob a dimensão externa encontramos como preocupações centrais a interação com as comunidades locais, tanto os aspectos do mercado de trabalho local, como também sobre os impactos no meio ambiente, o tratamento ponderado e equitativo dos fornecedores (e.g., evitar que os pequenos fornecedores tenham preços excessivamente baixos e prejudiquem os seus empregados para poder manter mercado), a criação de parcerias para o desenvolvimento de novos empreendimentos e empresas, especialmente, de pequeno e médio porte²⁴.

A empresa em crise ao socorrer-se do sistema protetivo da Lei, certamente, o fará de acordo com preceitos da Nova Empresarialidade, comprometidos com os ideais constitucionais de uma sociedade mais justa, em estrito cumprimento do dever legal estabelecido no artigo 170 da Constituição Federal de 1988, pelo que, na contramão

²⁴ Idem, p. 84/85.

do sistema sócio-jurídico-econômico, a partir de então, poderá sofrer as duras penas da Lei e da sociedade do seu entorno, cujo expurgo da responsividade do mercado se dá além da decretação da falência, mas, sim, por incompetência de superação da crise institucional.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A empresa, tal como a conhecemos, hoje, é fruto de evolução constante, embora, o conceito de constante esteja para o Direito como a evolução das eras sociais está para a evolução do próprio homem, sem exclusão, das duras penas para tanto.

Com a evolução da tecnologia da informação, dos transportes, das comunicações, do entretenimento, da informação e do consumo de massa, decorreu a evolução astronômica da empresa, na forma assimilada pelo Código Civil Italiano de 1942, inserindo na ordem jurídica mundial um novo paradigma para a mercancia, não mais lastreado nos atos de comércio, mas sim, teoria da empresa, de forma jurídica poliédrica, vista por vários ângulos.

A empresa, embora, não desnaturada na sua essência de angariar riquezas, fomentar a produção e circulação de produtos e serviços, não se revela só nesses detalhes. Formada individualmente pelo empresário ou de forma coletiva pela pessoa jurídica; detém vida própria independentemente de seus sócios, e, assim, transforma-se em sujeito de direitos e obrigações e deve ser preservada porque no exercício da atividade econômica beneficia a sociedade do seu entorno como um todo.

A empresa, identificada através do seu patrimônio, dos seus sócios, do respectivo estabelecimento, é vista como instituição, ou seja, a empresa da pós-modernidade visa lucro e resultados. A empresa é agente fomentador da economia e interage diretamente com a sociedade, devendo, por dever moral e ético, restituir à mesma, parcelas de benefício econômico que usufrui, dando azo à teoria da Nova Empresarialidade.

Essa novel visão trazida à tona em face da empresa é o que imperará entre nós. Só com a evolução do conceito de tamanho arrojo jurídico poderia açambarcar toda a evolução global e o contexto que hoje, a empresa, está inserida.

A globalização da economia, deixando o mundo plano, especialmente, no que toca a empresa, sem fronteiras – a transnacional, exigiu da nossa legislação pátria o acompanhamento acirrado dessa ordem jurídica que se apresenta mundial.

A Constituição da República, 1988, representa a evolução do conceito. Dispõe no artigo 170 que a empresa tem liberdade de concorrência e de iniciativa, desde que, respeite a dignidade da pessoa humana, o trabalho e a livre propriedade, inclusive dos fatores de produção, como parte da função social.

Não é por demais ressaltar que entremeios a essa evolução da teoria da empresa e os princípios que norteiam a Nova Empresarialidade, sobrevenha inevitável a crise econômico-financeira como fruto das mais diversas inter ocorrências.

A crise nada mais é do que fator macro ou micro de inadimplência econômico-financeira - em cadeia interna e externa, não sendo possível vislumbrar a empresa inadimplente ou falida, como fator único, isolado do que a mesma representava no seio social anteriormente aos fatos que ensejaram a crise. Isto porque a empresa é alvo de proteção pública e a sua deficiência econômica afeta a sociedade como um todo.

A crise representa não só a inadimplência financeira perante credores, mas, so-

bretudo, a incapacidade de continuar exercitando o papel fundamental de apresentar resultados sociais advindos da excelência econômico-financeira de gestão da empresa.

Se a empresa necessita de trabalhadores, consumidores, sócios, bancos, meio ambiente para exercer a atividade empresarial, certamente, pelos conceitos da Nova Empresarialidade, deve devolver aos mesmos, sempre de forma ética e comprometida, resultados sociais.

Nesse quadro o Direito Recuperacional passou a socorrer-se do Direito Econômico, com o fim de preocupar-se, não mais, com a burocratização das normas, excessivo rigor processual a calçar a ineficiência da Lei, a supremacia do Estado e a distância da dinâmica social, mas sim, participar ativamente, da utilização de princípios da ciência econômica que possam ser utilizados eficientemente como meios de recuperação da empresa visando a sua proteção jurídica. O efeito dessa parceria multidisciplinar é a economia dos custos da transação da empresa quando adota uma conduta ou exprime uma decisão dada cadeia de efeitos.

A Lei 11.101/05 na forma como se exterioriza, veio a amparar a empresa em crise, apontando o caminho da recuperação, possibilitando considerar-se a função social, a ética e a responsabilidade por resultados econômico-financeiros e sociais.

E é por isso que a empresa da era denominada pós-moderna deve revestir-se de roupagem nova, atendendo e replicando um novo standard comportamental calcado no padrão do bom homem de negócios, a exemplo do bom pai de família, eivado de ética, moral, responsabilidade, compromisso coletivo, respeitando a função social da propriedade, dos contratos, a boa-fé objetiva nas relações empresariais e, principalmente, os stakeholders que são os atores relacionais.

E esse comportamento esperado na Nova Empresarialidade, já no ambiente informacional, reflete-se em época de crise, na necessidade de se buscar mecanismos eficientes para possibilitar os meios de recuperação sem que se distancie por demais da ética empresarial e da boa moral, visando o resgate da lucratividade e dos resultados sociais através da preservação da fonte produtora, dos empregos e dos interesses dos credores, com vistas ao desenvolvimento sustentável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Vol. 1. São Paulo. Saraiva: 2004.
- COELHO, Simone de Castro Tavares. Terceiro Setor – Um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos. 2 ed. São Paulo. Senac: 2000.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ética, Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno. São Paulo. Companhia das Letras: 2006.
- HENTZ, Luiz Antonio Soares. Manual de Falência e Recuperação de Empresas. São Paulo. Juarez de Oliveira: 2005.
- HUSNI, Alexandre. Empresa Socialmente Responsável. São Paulo. Quartier Latin: 2007.

LAUTENSCHLEGER JUNIOR, Nilson. Os desafios propostos pela Governança Corporativa ao Direito Empresarial Brasileiro. São Paulo. Malheiros: 2005.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. Empresa e Propriedade. São Paulo. Quartier Latin: 2006.

LUCCA, Newton De e SIMÃO FILHO, Adalberto. Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências. São Paulo. Quartier Latin: 2005.

NUNES, Andréa. Terceiro Setor - controle e fiscalização. 2º ed. São Paulo. Método: 2006.

PACHECO, José da Silva. Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência. São Paulo. Forense: 2006.

REGULES, Luis Edurado Patrone. Terceiro Setor –Regime Jurídico das OCIPs. São Paulo. Método: 2006.

SILVA, Bruno Mattos e. Direito de Empresa. Rio de Janeiro. Atlas: 2007.

SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. Governança Corporativa e Estrutura de Propriedade. São Paulo. Saint Paul: 2006 .

SIMÃO FILHO. Adalberto. Nova empresarialidade. Uma visão jurídica reflexa da ética na empresa e na sociedade da informação. Tese de doutoramento defendida na PUC/SP no ano de 2002.

SZTAJN, Rachel. Teoria Jurídica da Empresa. São Paulo. Atlas: 2004.

VOLTOLINI, Ricardo. 2º ed. Terceiro Setor, Planejamento e Gestão. São Paulo. Senac: 2003.