



**A CRISE DA EMPRESA NO CONTEXTO DA ORDEM ECONÔMICA
CONSTITUCIONAL**
THE CRISIS OF THE COMPANY IN THE CONTEXT OF THE CONSTITUTIONAL
ECONOMIC ORDER

Alberto de Magalhães Franco Filho¹

RESUMO: A empresa hodiernamente ocupa um lugar privilegiado na malha social, pensar e refletir sobre ela é sinônimo de reflexão espelhada na própria sociedade. Diante disto, neste trabalho nos propormos a analisar o fenômeno patológico denominado crise da empresa sob a ótica da ordem econômica constitucional. Para tanto comentamos o conceito de empresa e sua evolução, elaboramos algumas premissas sobre a crise empresarial e o direito concursal, além do desenvolvimento de algumas noções sobre a ordem econômica constitucional na Carta Magna de 1988, para então firmarmos o entendimento que a empresa que cumpra sua função social como determina a ordem econômica constitucional vigente, e que por ventura atravessasse uma crise econômico-financeira necessitará de um tratamento jurídico no sentido de manter esta fonte de produção de empregos, rendas e produtos ou serviços, em detrimento ao interesse dos credores.

PALAVRAS CHAVE: Crise da Empresa; Ordem Econômica Constitucional; Falência e Recuperação de Empresas.

ABSTRACT: The company currently occupies a privileged place in the society, to think and to reflect on it is synonymous of reflection in the proper society. Ahead of this, in this work considering in them to analyze the pathological phenomenon called crisis of the company under the optics of the constitutional economic order. For in such a way we comment the company concept and its evolution, we elaborate some premises on the enterprise crisis and the bankruptcy right, beyond the development of some slight knowledge on the constitutional economic order in the Great Letter of 1988, for then firming the agreement that the company who fulfills its function social as she determines the effective constitutional economic order, and that for happiness she crosses a crisis economic-financier will need a legal treatment in the direction to keep this source of production of jobs, incomes and products or services, in detriment to the interest of the creditors.

¹ Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM, Pós-graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM, Mestrando em Direito Coletivo e Função Social do Direito pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, Bolsista da CAPES pelo programa PROSUP, Advogado.

KEYWORDS: Crisis of the Company; Constitutional Economic Order; Bankruptcy and Recovery of Companies.

1. INTRODUÇÃO

Neste trabalho pretendemos traçar um paralelo entre a crise da empresa (Direito Concursal brasileiro) e a Ordem Econômica Constitucional prescrita na Constituição de 1988, para então comentarmos o instituto da Recuperação Judicial e Extrajudicial de Empresas.

Porém antes de ingressarmos no tema propriamente dito é imperioso estabelecer um conceito de empresa e comentar a evolução deste conceito. Após iremos comentar o fenômeno patológico denominado crise da empresa, e também serão feitas algumas ponderações sobre Direito Concursal e sua evolução. Também serão apresentadas algumas breves noções a cerca da ordem econômica constitucional, notadamente na Constituição de 1988.

2. O CONCEITO DE EMPRESA E SUA EVOLUÇÃO

Como salienta Fábio Ulhoa Coelho, os bens e serviços de que precisamos para viver e que atendem a nossas necessidades, são produzidos em organizações econômicas e negociadas no mercado. Estas organizações são estruturadas por pessoas que, por vocação, ao articular fatores de produção (capital, mão-de-obra, insumos e tecnologia), conseguem produzir ou circular os bens e serviços que necessitamos². Desta forma, a grosso modo, podemos identificar nestas organizações econômicas: a empresa e nas pessoas que cuidam da organização da empresa: o empresário.

Para o jurista italiano Alberto Asquini, “o conceito de empresa é o conceito de um fenômeno econômico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram”.³ Estes perfis da empresa se dividem em quatro: a) subjetivo: a empresa é o empresário; b) funcional: a empresa é uma atividade; c) objetivo: a empresa é um conjunto de bens; d) corporativo: a empresa é uma instituição. Da análise destes perfis, o que cumpre o rigor técnico do conceito jurídico é o funcional, posto que a empresa é uma atividade econômica e organizada, que realiza produção e circulação de bens e serviços.

No direito positivo brasileiro optou-se pela conceituação da empresa através da pessoa (perfil subjetivo) do empresário que é o sujeito que organiza a atividade empresarial (perfil funcional), da seguinte forma, nos termos do art. 966 da Lei n. 10.406/02 (Novo Código Civil): “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Contudo é imperioso ressaltar, que a elaboração destes conceitos não se deram de um jato. O conceito de empresa e empresário passaram por um processo evolutivo complexo que modificou sensivelmente o modo de ser do Direito Comercial, denominado hodiernamente para alguns de Direito Empresarial.

²COELHO. *Manual de direito comercial*. 2008, p. 3-4.

³ASQUINI. “Perfis da empresa”. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. v. 104. 1996, p. 111.



O comercialista Ricardo Negrão comentando a evolução do conceito de empresa e consequentemente da gênese do próprio Direito Comercial, apresenta quatro fases: a) subjetiva-corporativista; b) eclética; c) objetiva; d) subjetiva-empresarial.⁴

A primeira fase, denominada subjetiva-corporativista, pode ser encarada como o surgimento do Direito Comercial propriamente dito, quando na Antiguidade o escambo de produtos excedentes, evoluiu com a utilização da moeda, dando origem as operações mercantis. Já na Idade Média, estas operações mercantis se intensificam nos feudos, surgindo a figura das corporações de ofício. No âmbito destas corporações as pendências passam a ser decididas por consules eleitos entre os próprios mercadores, formando um conjunto de decisões que irão formar o arcabouço normativo da época, contudo estas normas se aplicavam apenas à classe dos comerciantes, ou seja, o Direito Comercial era subjetivo, pois pautava-se na qualidade do sujeito.

Na segunda fase (eclética), diante do surgimento de novas atividades e a expansão universal do comércio, se mostrou necessária, para a fixação da competência dos consules a delimitação da matéria do comércio, pois haviam outras atividades que não fossem intermediação de mercadorias, que deveriam ser consideradas mercantis (atividades bancárias, de cambio etc), para se sujeitarem à esses tribunais. Nesta fase passa-se por uma transição para tentar romper com o conceito subjetivo da qualidade do comerciante para um conceito objetivo, levando em consideração a atividade mercantil.

A fase objetiva, também denominada de napoleônica, se inicia com o liberalismo econômico, quando se rompe definitivamente com o conceito subjetivo de comerciante, através da Lei “Le Chapelier” de 1791 que determinou a proibição do funcionamento das corporações de ofício, marcando o início do objetivismo do Direito Comercial com a elaboração em 1807 do Código Comercial Francês, que conceituava o comerciante através dos atos de comércio, que consistia em uma lista de atividades consideradas comerciais (caráter objetivo). Esse diploma normativo influenciou a edição de diversos outros códigos comerciais, *e.g.* o Código Comercial Brasileiro de 1850, porém no decorrer do tempo tal critério se mostrou lacunoso e insuficiente para servir de objeto ao Direito Comercial.

A última fase, subjetiva empresarial, é a que nos encontramos dos tempos atuais. Ela se inicia em 1942 com o surgimento Código Civil italiano influenciado pela teoria da empresa desenvolvida por Cesare Vivante, onde o Direito Comercial deixa de cuidar de determinadas atividades (as de mercancia) e passa a disciplinar uma forma específica de produzir ou circular de bens ou serviços, a empresarial. Esta teoria descolou a incidência do Direito Comercial de uma atividade (a comercial) para uma pessoa, o empresário (empreendedor). Comentando tal situação, Joaquim Garrigues afirma que o Direito comercial passou por “um processo de cirurgia” onde foi separado “o ato do ator”.⁵

O Brasil adotou a Teoria da Empresa em nosso ordenamento jurídico através do Código Civil de 2002, ao conceituar o empresário, no já mencionado art. 966.

3. A CRISE DA EMPRESA

Após a definição do conceito de empresa e sua evolução, estamos aptos a analisar o fenômeno patológico, pelo qual estas instituições podem enfrentar, denominado de “crise da empresa”.

⁴ NEGRÃO. *Manual de direito comercial e de empresa*. vol. 3. 2007, p. 27-29.

⁵ GARRIGUES *apud* GUIMARAES. *Recuperação judicial de empresas e falência à luz da lei n. 11.101/2005*. 2007, p. 7.



A empresa, como vimos, consiste numa atividade econômica organizada voltada para a produção ou circulação de bens e serviço, e o empresário é quem organiza profissionalmente esta atividade articulando os quatro fatores de produção: capital, mão-de-obra, insumos e tecnologia. Portanto, podemos entender que a atividade empresarial é um empreendimento humano, onde qualquer pessoa que se aventure a ele terá chances de obter êxito ou não, é o que Gladston Mamede denomina de “risco de empreender”, afirmando que,

(...) os acasos do comércio, assim como podem fazer riquezas, podem vê-las perder-se. Os acasos – ou a fortuna, como se dizia na antiguidade – tanto podem enriquecer, quanto podem empobrecer, podem criar, inesperadamente, o sucesso ou a insolvência. Daí se falar que “o risco é a outra face de uma moeda cujo rosto mais agradável e atraente é o lucro [...]. Estão todos buscando uma espécie de sonho empresarial e comercial impossível, que é a certeza de que cada decisão tomada é a decisão certa.”⁶

Seguindo este raciocínio podemos afirmar que: a atividade empresarial é essencialmente de risco. Se o empreendimento der certo irá gerar ganhos econômicos para o empresário, porém se não lograr êxito por óbvio acarretará prejuízos. Estes prejuízos poderão ser suportados pelo empresário, mas se ele não os conseguir suportar ou não os quiser suportar, sua empresa restará insolvente.

Neste sentido, Marcelo M. Bertoldi e Maria Carla Pereira Ribeiro asseveram que todas as atividades econômicas estão sujeitas a álea (risco) que podem ser ordinárias e extraordinárias. A primeira é o risco mínimo presente em todas as atividades negociais, e se subdivide em álea econômica (influxo do empresário) e financeira (dificuldade do adimplemento das obrigações da empresa). Já segunda está associada a situações específicas, imprevisíveis que trazem uma oneração excessiva da atividade empresária.⁷

É da própria índole da atividade empresarial, enfrentar momentos bons e ruins para o negócio, já que toda e qualquer empresa, como empreendimento que é, está sujeita a passar por crises. Vejamos a posição de Waldo Fazzio Júnior:

Nenhum organismo é imune às crises. Uns mais, outros menos. Crises mais prolongadas, crises transitórias. Crises mais profundas, crises superficiais. A história de organismo empresarial, similar à da economia de mercado, é uma sucessão de períodos em que alternam altos e baixos. A raiz das crises por que passa o organismo empresarial também de matriz diversa. Não há linearidade.⁸

Não obstante esta posição de ausência de linearidade entre as crises das empresas. Alguns autores tentaram sistematizar as principais causas das dificuldades que as empresas podem atravessar.

⁶ MAMEDE. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 2006, p. 27.

⁷ BERTOLDI; RIBEIRO. *Curso avançado de direito comercial*. 2008, p. 531.

⁸ FAZZIO JÚNIOR. *Nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 2005, p. 21.



Jorge Lobo apresenta as seguintes causas que podem ensejar o surgimento de crises empresariais:

a) causas externas: aperto da liquidez dos bancos; redução de tarifas alfandegárias; liberação das importações; mudanças nas políticas cambial, fiscal e creditícia; criação de impostos extraordinários; surgimento de novos produtos; queda da cotação dos produtos agrícolas nos mercados internacionais; retração do mercado consumidor; altas taxas de juros; inadimplemento dos devedores, inclusive do próprio Estado.

b) causas internas ou imputáveis às próprias empresas ou aos empresários: sucessão do controlador; desentendimento entre sócios; capital insuficiente; avaliação incorreta das possibilidades de mercado; desfalque pela diretoria; operações de alto risco; falta de profissionalização da administração e mão-de-obra não qualificada; baixa produtividade; excesso de imobilização e de estoques; obsolescência dos equipamentos; redução das exportações; investimento em novos equipamentos.

c) causas acidentais: bloqueio de papel moeda no BACEN; maxidesvalorização da moeda nacional; situação econômica anormal da região, do país ou do mercado consumidor estrangeiro; conflitos sociais.⁹

Fábio Ulhoa Coelho propõe uma distinção entre crise econômica, financeira e patrimonial. A primeira pode ser considerada como a retração considerável dos negócios desenvolvidos pela sociedade empresária, em razão da diminuição de aquisição no mercado dos produtos ou serviços da empresa, podendo ser generalizada, segmentada ou atingir especificamente uma empresa. Já a segunda revela-se quando a sociedade empresária não tem caixa para honrar seus compromissos, é a chamada crise de liquidez. E a terceira é a insolvência, ou seja, a insuficiência de bens do ativo para atender à satisfação do passivo, trata-se de uma crise estática.¹⁰

Muito embora doutrinadores tenham elaborado classificações e enumerado causas para a patologia que é a crise da empresa, o certo é que seja qual for sua etiologia, algumas têm o condão de comprometer, agudamente, a atividade econômica, podendo alcançar graus de afetação passíveis de paralisar o organismo empresarial.

Analisando este fenômeno patológico a nível global e particularmente o caso do Estado brasileiro, destacamos a lição de Jorge Lobo que afirma categoricamente: “é voz corrente que a economia mundial, por razões de ordem financeira e por razões de ordem econômica, atravessa séria crise estrutural.” E conclui o mesmo autor: “(...) a economia mundial está em crise, a economia brasileira está em crise, a empresa está em crise – e aos modernos princípios do Direito Comercial – a empresa como verdadeira instituição democrática, tem uma função social a cumprir (...)”.¹¹

Diante da constatação de que a economia de todo globo terrestre está em crise, já que o mundo globalizado vive em constante mutação, surgem algumas tendências para a superação das crises empresarias.

José da Silva Pacheco apresenta as seguintes tendências para a solução da crise das empresas no final do século XX, como sendo: a) a desregulamentação, que é retirar do Estado o poder de regular, de cima para baixo, as relações do mercado, para ajudar as empresa a terem desempenhos mais competitivos; b) a privatização (consequência direta da desregulamentação), que busca desconcentrar as atividades estatais deixando para

⁹ LOBO apud OLIVEIRA. *Comentários à nova lei de falências*. 2005, p. 19.

¹⁰ COELHO. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas: (lei n. 11.101, de 9-2-2005)*. 2005, p. 23-24.

¹¹ LOBO. *Da recuperação da empresa no direito comparado*. 1993, p. 36-38.



a iniciativa privada as atividades econômicas; c) negociação direta das partes interessadas seja no âmbito internacional ou interno dos países.¹²

Outras soluções também podem ser apontadas como meios práticos para se obter a recuperação de uma empresa em crise, denominadas por Jorge Lobo como “meios preventivos extrajudiciais”, são elas as técnicas de aquisição e fusão, respectivamente *acquisition* e *merger* em inglês, e ainda a *join venture*, que significa no português “união de risco”. Estas hipóteses podem ser empregadas quando a empresa não tem mais condições de se autofinanciar (seja pelo aporte de recursos ou através da capitalização de novas ações ou debêntures) ou quando ela não consegue mais financiamento bancário, por representar um grande risco.¹³ Registre-se que todas estas soluções apontadas são extremamente complexas, dada a necessidade de verificação da situação da empresa sob todos os prismas.

Vale ressaltar que, estas soluções e tendências apontadas são todas vistas sob a ótica do empresário, que ao se deparar com uma crise em sua empresa utilizará destes artifícios e tantos outros para tentar “salvar” seu empreendimento.

Contudo sob a ótica dos credores haverá um outro meio para o solucionamento da crise, já que ao enfrentá-la a empresa se torna imponente frente aos compromissos assumidos com seus fornecedores, credores, empregados etc.

4. BREVES PONDERAÇÕES SOBRE O DIREITO CONCURSAL

Sob o olhar dos credores a solução para a crise empresarial é o direito concursal, já que, ele é nada mais nada menos que o direito da empresa em crise. Waldo Fazzio Júnior o define da seguinte maneira:

O direito da empresa em crise é, na realidade, um conjunto de medidas de natureza econômico-administrativa, acordadas entre o agente econômico devedor e seus credores, supervisionadas pelo Estado-juiz, como expediente preventivo da liquidação. Ampara-se na convicção haurida na experiência histórica que, mediante procedimentos de soerguimento da empresa em crise, os credores têm melhores perspectivas de realização de seus haveres, os fornecedores não perdem o cliente, os empregados mantêm seus empregos e o mercado sofre menos (impossível não sofrer) os impactos e as repercussões da insolvência empresarial.¹⁴

Então o direito concursal, diante de uma crise econômico-financeira da empresa terá o condão – como todos os meios de solução para a crise da empresa, vistos sob o olhar do empresário – de evitar que o organismo empresarial alcance a inexecutabilidade de seus negócios e, por conseguinte, o estado de falência, que é considerado a “morte” da sociedade empresária.

Segundo De Plácido e Silva, falência derivado do latim *fallere*, de que se formou *falletia*, possui originalmente o sentido de falha, defeito, carência, engano ou omissão. Segue ainda o autor afirmando que, “sem fugir do sentido etimológico, falência é

¹² PACHECO. *Processo de falência e concordata: comentários à lei de falências: doutrina, prática e jurisprudência*. 2004, p. 12-14.

¹³ LOBO. *Da recuperação da empresa no direito comparado*. 1993, p. 38-39.

¹⁴ FAZZIO JUNIOR. *Nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 2005, p. 20.



a falta de cumprimento à obrigação assumida, ou o engano do devedor ao credor pelo inadimplemento da obrigação em seu vencimento”.¹⁵ Outras expressões também eram empregadas como sinônimo de falência para os italianos *bancarrotta* ou *banco rotto*, para os franceses *banque en route*, para os portugueses *quebra* e para os ingleses *bankruptcy*.

Da etimologia do vocábulo podemos inferir que a falência é um meio pelo qual os credores irão executar o patrimônio da empresa insolvente.

Os primeiros delineamentos históricos da falência, pela lição de Celso Marcelo de Oliveira, são encontrados no direito romano, onde as obrigações do devedor eram respondidas, com a sua liberdade e até mesmo com a sua vida, tratava-se uma execução pessoal e singular contra o devedor. Tal sistema perdurou até 428 a.C. e foi substituído com a promulgação da *Lex Poetelia Papiria*, que introduziu no direito romano a execução patrimonial. Posteriormente, pela *bonorum venditio*, o desapossamento dos bens do devedor era feito por determinação do pretor, nomeado um curador (*curator bonorum*) para a administração dos bens. Depois, a *Lex Julia Bonorum* (737 a.C.) criou a *cessio bonorum*, que facultava ao devedor a cessão de seus bens ao credor que podia vendê-los separadamente.¹⁶

Em um segundo momento, chamado por Darcy Bessone de Direito Intermediário (entre o direito romano e o Código Comercial Francês) acentua-se o caráter patrimonial da execução coletiva. Nos sécs. XIII e XIV, surge o seqüestro de bens do devedor como medida cautelar; passa-se a delinear diferenças entre a insolvência civil e comercial (antes sem distinção pela inexistência da atividade mercantil) com a expansão do comércio através do surgimento das poderosas ligas ou corporações de ofício, que estabeleciam normas aplicáveis à seus integrantes e posteriormente a pessoas estranhas às corporações. Neste período aparece a preocupação em dispensar tratamento igual aos credores (*par conditio creditorum*) sem privilégios de prioridade de cobrança.¹⁷

Por fim, nos tempos modernos o marco importante é a edição, por ordem de Napoleão Bonaparte, do *Code de Commerce* de 1807, que influenciou profundamente o Direito falimentar, em razão de suas idéias individualistas e utilitaristas sobre a economia liberal. Passa-se não mais a se distinguir os falidos, devendo o falido ser julgado independentemente de sua culpa ou dolo. Posteriormente surgem novas legislações estabelecendo à falência um caráter econômico-social, até o reconhecimento dos dias atuais da falência como um instituto social.

Vale ressaltar que esta evolução falimentar é apresentada para que fique claro que a falência é uma modalidade de execução coletiva ou concursal perpetrada pelos credores, para terem suas dívidas solvidas através do patrimônio da empresa.

Passemos então à conceituação da falência.

Para Amador Paes de Andrade a falência pode conceituada sob dois prismas, o econômico e o jurídico. Do ponto de vista econômico a falência reflete um estado patológico da economia creditícia, já do ponto de vista jurídico ela pode ser considerada um processo de execução coletiva contra o devedor comerciante.¹⁸

Em outro sentido, José Cândido Sampaio de Lacerda apresenta a falência sob o aspecto estático e o dinâmico. O primeiro “é a situação do devedor comerciante que não

¹⁵ SILVA. *Vocabulário jurídico*. 1998, p. 345.

¹⁶ OLIVEIRA. *Comentários à nova lei de falências*. 2005, p. 25 a 31.

¹⁷ BESSONE. *Instituições de direito falimentar*. 1995, p. 11 e 12.

¹⁸ ALMEIDA. *Curso de falência e concordata*. 2002, p. 13.



consegue pagar pontualmente seu débito, líquido certo e exigível”. O segundo “é um processo de execução coletiva instituído por força da lei em benefício dos credores”.¹⁹

Complementando o pensamento anterior, Cristiane Marinho, citada por Celso Marcelo de Oliveira, define assim falência:

Falência é, pois, a condição daquele que havendo recebido um prestação a crédito não tenha a disposição para executar a contraprestação, em valor suficiente, realizável no momento da contraprestação. A falência é por isso um estado de desequilíbrio entre os valores realizáveis e as prestações exigidas. Assim a falência se caracteriza com um processo de execução coletiva, decretado judicialmente, dos bens do devedor comerciante, no qual concorrem todos os credores para o fim de arrecadar o patrimônio disponível, verificar os créditos, liquidar o ativo, saldar o passivo, em rateio, observadas as preferências legais.²⁰

Jorge Lobo parafraseando o argentino Leon Bolaffio, afirma que a falência “designa um estado de um instrumento jurídico” e acrescenta ainda que “o estado de falência é uma situação pessoal e patrimonial, que se encontra um comerciante insolvente, declarada pelo juiz quando presentes determinados requisitos expressamente estabelecidos em lei”. Por fim o autor comenta a finalidade deste instituto que “tem por escopo a realização de um processo coletivo de liquidação forçada, com apreensão e venda dos bens do falido, para repartir seu produto proporcionalmente em benefício de todos os credores”.²¹

Do exposto, percebe-se que a falência é um processo de execução concursal do patrimônio do devedor empresário.

5. A EVOLUÇÃO DO DIREITO CONCURSAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

É importante também trazermos a baila, neste estudo, a evolução do direito falimentar no ordenamento jurídico brasileiro, sendo assim, selecionamos a lição de Manoel Justino Bezerra Filho que apesar de extensa sintetiza com perfeição e detalhes nossa evolução legislativa falimentar, vejamos:

(...) o exame do exame histórico do direito brasileiro inicia-se com as Ordenações Afonsinas que promulgadas em 1446, estavam vigendo quando da descoberta do Brasil, em 1500; as Afonsinas foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas, em 1521, e posteriormente, pelas Filipinas, em 1603. No entanto, o primeiro diploma que cuidou da matéria falimentar foi a Lei de 08.03.1595, promulgada por Filipe II, que veio influenciar as ordenações Filipinas, promulgadas oito anos depois, em 1603. Em 1756, o Marquês de Pombal outorga o

¹⁹LACERDA. *Manual de direito falimentar*. 1999, p. 27.

²⁰MARINHO *apud* OLIVEIRA. *Comentários à nova lei de falências*. 2005, p. 323.

²¹BOLAFFIO *apud* LOBO. *Da recuperação da empresa no direito comparado*. 1993, p. 32-33.



Alvará de 13 de dezembro, tratando do processo de falência. Após 7 de setembro de 1822, com a Proclamação da Independência do Brasil, continuaram vigendo as leis portuguesas, como sempre ocorre em qualquer ruptura institucional. Apesar de estabelecida nova situação política, há uma fase de “vazio” legislativo, durante o qual permaneceram as leis do sistema anterior, que aos poucos vão sendo adaptadas à nova ordem. Assim é que em 25.06.1850, a Parte II do Código comercial, arts. 797 a 913, passa a cuidar “Das Quebras”, com o regulamento processual do Decreto 738, de 25.11.1850. Vão surgindo alterações pelos Decretos 3.308 e 3.309, de 1864, revogados pelo Decreto 3.516, de 30.09.1865. Com a Proclamação da República, em 15.11.1889, advém o Decreto 917, de 24.10.1890, seguindo-se a lei 859, de 16.08.1902, e a Lei 2.024, de 17.12.1908, revista pelo Decreto 5.746, de 09.12.1929. Finalmente, nos últimos meses da ditadura de Getúlio Vargas, em 21.06.1945, foi promulgado o Decreto-lei 7.661, que era a nossa Lei de Falências, substituída agora pela Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.²²

Como se vê, em nosso ordenamento pátrio, por sessenta anos, a norma relativa ao direito concursal era o Decreto-lei n. 7.661/45, que conforme o magistério de Paulo Roberto Colombo Arnoldi foi elaborado em um período em que o Brasil era uma economia essencialmente agrícola, com um pequeno parque industrial e o comércio restrito aos centros urbanos médios. Além disso, politicamente nosso Estado deixava um longo período ditatorial, extremamente intervencionista e burocrático, com uma prevalência quase absoluta do poder executivo, que estabeleceu o referido diploma legal unilateralmente, com o objetivo era a liquidação do patrimônio do devedor, ou seja, um meio apto de cobrança das dívidas do empresário, onde a falência podia ser requerida, bastando que ele se tornasse impontual.²³

Por óbvio, esta legislação não mais atendia a realidade sócio-econômica do país, que passou por mudanças, o mundo em geral se modificou. Entre elas destacamos: a) superação do modelo bipolar entre Estados Unidos da América e União das Repúblicas Socialistas, que deu origem à uma Nova Ordem Econômica Internacional,²⁴ cujo marco é a queda do muro de Berlim; b) a globalização; c) surgimento do neoliberalismo.

Naquela época somente podia se prevenir a “morte” (falência) da empresa através da concordata, que conforme Amador Paes de Almeida consistia num “instituto que objetiva regularizar a situação econômica do devedor comerciante, evitando (concordata preventiva), ou suspendendo (concordata suspensiva), a falência”.²⁵ Desse modo a concordata era a linha tênue que separava uma empresa de seu fim. Para Ramella citado por Jorge Lobo, ela constituía “único meio de assegurar ao comerciante a busca de um novo

²²BEZERRA FILHO. *Nova lei de recuperação e falências comentada: lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 comentário artigo por artigo*. 2005, p. 33-34.

²³ARNOLDI. *A nova lei concursal brasileira: lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005: análise e reflexões*. 2007, p. 198-199.

²⁴Para aprofundamento do tema Nova ordem Internacional – NOI, consultar a o Capítulo I da seguinte obra: SILVA. Roberto Luiz. *Direito internacional público*. 3. ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

²⁵ALMEIDA. *Curso de falência e concordata*. 2002, p. 372.



caminho com recursos próprios, no propósito de evitar prejuízos, diretamente, para seus empregados e seus credores, e, indiretamente, para a coletividade”.²⁶

A concordata não mais atendia as necessidades que à manutenção da empresa por certo tempo. Era preciso procurar mecanismos de sobrevivência da empresa, com o que se garantiria o interesse social e o interesse dos próprios credores da empresa.

É de bom tom mencionar que desde os primórdios do surgimento da falência com resquícios até os dias atuais, o fato de uma pessoa falir constitui um acontecimento de gravíssimas conseqüências, pois o empresário é desapossado de seus bens, têm maculada reputação, além de ainda responder, conforme o caso, por um delito criminal. Nesse sentido, Gladston Mamede relembra duas passagens fenomenais da literatura mundial, onde se aborda a repugnância que se têm pelo falido, quais sejam: “O Mercador de Veneza”, de William Shakespeare, em uma de suas passagens a personagem Shulock tripudia de um falido e “O Conde de Monte Cristo”, de Alexandre Dumas, no qual a personagem Morrel se vê falida e resolve então matar-se e, diante da oposição de seu filho, convence-o que a morte é o único caminho que lhe resta.²⁷ Ora a falência para o empresário desonesto e fraudulento deve ser concebida realmente como um calvário, pois ele avilta contra a sociedade e deve ser punido. Porém ao empresário honesto, probo e desafortunado não pode ser assim considerado, senão estaremos diante de uma pena gravosa demais que trará conseqüências danosas aos credores, aos empregados e ao mercado.

Esse quadro sintomático do direito concursal brasileiro só começou a dar sinais de que se reverteria em 1993 quando ingressou no Congresso Nacional o Projeto de Lei de iniciativa do Poder Executivo n. 4376/93, que daria corpo à Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falência, promulgada em 09 de fevereiro de 2005 através da Lei n. 11.101.

Este novel instrumento normativo teve por objetivo substituir os arcaicos institutos da concordata preventiva e suspensiva previstos na legislação anterior, pelos modernos conceitos de recuperação extrajudicial do empresário e da sociedade empresária.

De plano, esta legislação nova já apresentou uma redução do número de falências requeridas e decretadas como aponta estudo do SERASA, divulgado em 17/05/2005 em seu sítio, senão vejamos:

Levantamento da Serasa revela que o volume de falências decretadas, em abril de 2005, registrou queda de 31,7% na comparação com o quarto mês do ano passado, em todo o país. De acordo com a pesquisa, foram decretadas 313 falências, em abril deste ano, contra 458 falências no mesmo mês de 2004.

O volume de requerimentos de falências em abril de 2005 também caiu. Segundo a Serasa, foram requeridas 810 falências no quarto mês deste ano, o que representa queda de 36,7% em relação a abril do ano passado, quando foram requeridas 1.279 falências.²⁸

Talvez a modificação mais importante esteja descrita no artigo 47 da Lei n. 11.101/05, que trouxe uma verdadeira declaração de princípios norteadores do direito concursal brasileiro, que merece ser transcrita:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do

²⁶ RAMELLA *apud* LOBO. *Da recuperação da empresa no direito comparado*. 1993, p. 42.

²⁷ MAMEDE. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 2006, p. 25-26.

²⁸ Disponível em: < http://www.serasa.com.br/empresa/noticias/2005/noticia_0225.htm>. Acesso em: 07 de maio de 2008.



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.

Contudo devemos mencionar que tal norma foi e continua sendo alvo de críticas. Manoel Justino Bezzera Filho comenta que o “no sistema da nova lei, a recuperação de empresas, apesar de se tratar de um procedimento judicial, ainda assim, tem um substrato de caráter marcadamente econômico, mais que jurídico”²⁹. Já que os advogados, o Estado-juiz e todas as pessoas que participarem do processo de recuperação da empresa, seja ele extrajudicial ou extrajudicial, devem estar assessorados tecnicamente por administradores e economistas para conduzir corretamente o processo de recuperação e alcançar os objetivos desejados pela lei.

Ademais é possível se verificar no direito concursal brasileiro aquilo que Fábio Konder Comparato denomina de “dualismo pendular”, pois não se decide se deve apoiar o devedor, ou ao contrario prestigia-se o credor, ou seja, “protege-se alternadamente o insolvente, ou seus credores, ao sabor da conjuntura econômica e da filosofia política do momento”³⁰.

Não obstante estas posições doutrinárias, devemos reconhecer que a edição da Nova Lei de Recuperação e Falências trouxe um avanço bastante considerável para nosso ordenamento jurídico, que também merece elogios.

6. A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

Para tratarmos da ordem econômica constitucional devemos antes mencionar algumas noções sobre “ordem econômica” e “Constituição econômica”.

Para Eros Roberto Grau, a ordem econômica, ainda que se oponha a ordem jurídica³¹, é usada para referir-se uma parcela da ordem jurídica, que compõe um sistema de princípios e regras, compreendendo uma ordem pública, uma ordem privada, uma ordem econômica e uma ordem social.³²

André Ramos Tavares que também concebe a ordem econômica com uma ordem jurídica da economia, a define como sendo “a expressão de um certo arranjo econômico, dentro de um específico sistema econômico, preordenado juridicamente. É a sua estrutura ordenadora, composta por um conjunto de elementos que confronta um sistema econômico.”³³

Vital Moreira assevera que a ordem econômica possui diversos sentidos:

- em um primeiro sentido, "ordem econômica" é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um conceito de fato (é conceito do mundo do

²⁹BEZERRA FILHO. *Nova lei de recuperação e falências comentada: lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 comentário artigo por artigo*. 2005, p. 43.

³⁰COMPARATO *apud* GUIMARAES. *Recuperação judicial de empresas e falência à luz da lei n. 11.101/2005*. 2007, p. 35.

³¹Seguindo o posicionamento de Max Weber, que refere-se a ordem jurídica como esfera ideal do mundo do dever ser e a ordem econômica como esfera dos acontecimentos reais, ou seja o mundo do ser.

³²GRAU. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 2004, p. 51.

³³TAVARES. *Direito constitucional econômico*. 2006, p. 83.



ser, portanto);o que o caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou a normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e matérias, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos;conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato; - em um segundo sentido, "ordem econômica"é expressão que designa o conjunto de todas as normas(ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza(jurídica, religiosa, moral etc.), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo(no sentido sociológico) da ação econômica; - em um terceiro sentido, "ordem econômica"significa ordem jurídica da economia." 34

A expressão “ordem econômica” adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições dos Estados passaram a discipliná-la sistematicamente, fato este que se iniciou com a Constituição do México de 31 de janeiro 1917³⁵ e a Constituição alemã de Weimar de 11 de agosto de 1919³⁶. No Brasil, através da Constituição de 16 de julho 1934.³⁷

Neste momento ocorre uma transição de um modelo econômico liberal, pautado na regra do “*laissez faire, laissez passer*”, onde o Estado deve abster-se de qualquer regulação, pois melhor do que ele, “a mão invisível” de que fala Adam Smith regularia a economia. Entra em cena o modelo econômico intervencionista estatal, inaugurando o Estado Social, que passa a regular sistematicamente a vida econômica, dando ensejo ao surgimento das chamadas Constituições econômicas.

Para Vital Moreira a Constituição econômica,

(...) é pois, o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, que garantem e

³⁴MOREIRA *apud* GRAU. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica). 2004, p. 57 58.

³⁵A Constituição mexicana, reveste-se de importância particular, pelo fato de ter sido a primeira a romper com a estrutura formal das demais Constituições, que regulavam unicamente os poderes políticos. Ela inova ao dispôr sobre direitos econômicos e sociais, estabelecendo limites e privilégios aos trabalhadores e empresários (art. 123), o direito de propriedade passa a ser limitado (art. 27), vedação a monopólios (art. 28) etc.

³⁶ Texto do art. 151 da Constituição de Weimar de 1919: “A organização da vida econômica deverá realizar os princípios da justiça, tendo em vista assegurar a todos uma existência conforme à dignidade humana”.

³⁷ Texto do art. 115 da Constituição brasileira de 1934: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.”



(ou) instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta.³⁸

Com a Constituição econômica, a economia assume feição jurídica, ou seja, ocorre uma juridicização de temas econômicos em sede constitucional. Já para Eros Roberto Grau, as Constituições econômicas não ensejaram na verdade a constitucionalização da ordem econômica, posto que “a ordem econômica, parcela da ordem jurídica, aparece como uma inovação deste século, produto da substituição da ordem jurídica liberal por uma ordem jurídica intervencionista”.³⁹ Tal fato implica afirmar que a relativa ausência de normas econômicas em cartas políticas anteriores não significa a inexistência de uma Constituição econômica e muito menos de uma ordem econômica.

Parafraseando André Ramos Tavares, temos que “a ordem econômica constitucional seria o conjunto de normas que realizam uma determinada ordem econômica no sentido concreto, dispondo a cerca da forma econômica adotada”.⁴⁰

Pois bem, passemos a análise da ordem econômica constitucional da Constituição de 1988.

As bases constitucionais do atual sistema econômico brasileiro encontram-se dispostas no Título VII, “Da Ordem Econômica e Financeira”, nos arts. 170 a 192.

José Afonso da Silva assevera que a ordem econômica, consubstanciada em nossa Constituição vigente é uma forma econômica capitalista, porque ela se apóia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa⁴¹. Em outro sentido, Raul Machado Horta afirma que o texto constitucional na ordem econômica está “impregnada de princípios e soluções contraditórias. Ora reflete um rumo do capitalismo liberal, consagrando os valores fundamentais desse sistema ora avança no sentido do intervencionismo sistemático e do dirigismo planificador, com elementos socializadores”.⁴² Vejamos o disposto no art. da Carta de 1988:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;

³⁸ MOREIRA apud TAVARES. *Direito constitucional econômico*. 2006, p. 75.

³⁹ GRAU. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica). 2004, p. 62.

⁴⁰ TAVARES. *Direito constitucional econômico*. 2006, p. 83.

⁴¹ SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*. 2001, p. 764.

⁴² HORTA apud MORAES. *Direito constitucional*. 2008, p. 796.



IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Pela leitura do dispositivo constitucional podemos inferir que a Ordem Econômica Constitucional brasileira tem como fundamentos a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa privada.

A valorização do trabalho humano é também fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos no art. 1º, inc. IV da CF/88, nos levando a crer que a valorização do trabalho é um princípio, e mais precisamente, segundo a lição de J. J. Gomes Canotilho, um “princípio político constitucionalmente conformador”.⁴³ Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que a valorização do trabalho é princípio sublinhado pelo constituinte dentro da linha firmada pela doutrina social da igreja, como sendo um valor cristão.⁴⁴ Já Eros Roberto Grau assevera que esta caracterização principiológica, denota uma preocupação com um tratamento peculiar ao trabalho que, “em uma sociedade capitalista moderna, peculiariza-se na medida em o trabalho passa a receber proteção não meramente filantrópica, porém politicamente racional”. Seguindo este raciocínio e conforme os dizeres de Nagib Slaib Filho, é inegável que o trabalho diz respeito ao fator social da produção, “porém ele está muito além da necessidade econômica de suprir as necessidades materiais – é uma necessidade, inerente à natureza humana e ao instituto da auto preservação e progresso pessoal”.⁴⁵ José Afonso da Silva por sua vez, alerta que nossa ordem econômica embora de natureza capitalista que “dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado”.⁴⁶

A livre iniciativa, como segundo fundamento da ordem econômica, á seu turno, também é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. IV da CF/88). Trata-se, pois, também de “princípio político constitucionalmente conformador” (Canotilho), que segundo Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior possui uma densidade normativa, da qual se pode extrair a “faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado” e a “não sujeição a qualquer restrição estatal, senão em virtude de lei”.⁴⁷ Nesse sentido, salienta André Ramos Tavares que o postulado da livre iniciativa tem uma conotação normativa positivada (liberdade a qualquer pessoa) e um viés negativo (imposição da não-intervenção estatal).⁴⁸

José Afonso da Silva comenta que a livre iniciativa consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, já que a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista, e afirma também que “a liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato”. Porém, em contrapartida, Eros Roberto Grau, reconhece e insiste que a liberdade de iniciativa não se identifica apenas com a liberdade de empresa, pois ela abrange todas as formas de produção

⁴³CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2006, p. 201.

⁴⁴FERREIRA FILHO. *Curso de direito constitucional*. 2007, p. 361.

⁴⁵SLAIB FILHO. *Direito constitucional*. 2006, p. 702.

⁴⁶SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*. 2001, p. 766.

⁴⁷ARAUJO; SERRANO JÚNIOR. *Curso de direito constitucional*. 2006, p. 466.

⁴⁸TAVARES. *Direito constitucional econômico*. 2006, p. 83.



individuais ou coletivas, dando ensejo às iniciativas privada, cooperativa, autogestionária e pública⁴⁹. Contudo, é certo que é fundamental o reconhecimento de que a livre iniciativa tem seu ponto sensível na chamada liberdade de empresa, que pode ser entendida sobre três vertentes: “liberdade de investimento ou acesso; liberdade de organização; liberdade de contratação”.⁵⁰

É importante registrar também, que estes fundamentos da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa têm por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Existência digna é a finalidade ou objetivo da ordem econômica. Registre-se que o texto constitucional no art. 1º, inc. III, enaltece também a dignidade da pessoa humana à fundamento da República Federativa do Brasil. A dignidade da pessoa humana (ou existência digna) fundamenta e confere unidade não apenas aos direitos fundamentais, mas também à ordem econômica. Nesse sentido é a conceituação de José Afonso da Silva:⁵¹

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido de dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invoca-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação o desenvolvimento da pessoa e o seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana. (grifamos)

Imperioso compilar também as considerações de Ingo Wolfgang Sarlet⁵²:

A qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui uma norma jurídico-positivada dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material e – tal

⁴⁹ GRAU. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica). 2004, p. 186-187.

⁵⁰ VAZ, Manoel Afonso *apud* ARAUJO; SERRANO JUNÍOR. *Curso de direito constitucional*. 2006, p. 465.

⁵¹ SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*. 2001, p. 109.

⁵² SARLET. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2004, p. 70.



como sinalizou Benda – a condição de valor jurídico fundamental da sociedade. Importa considerar, neste contexto, que, na sua qualidade de princípio e valor fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui – de acordo com a preciosa lição de Judith Martins Costa, autêntico “valor fonte que anima e justifica a própria existência do ordenamento jurídico”, razão pela qual para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa (höchstes wertsetzends Verfassungsprinzip).

No tocante à ordem econômica ter como consequência a justiça social, Manoel Gonçalves Ferreira Filho observa que esta expressão “justiça social” não possui um sentido unívoco, contudo seu uso é divulgado especialmente pela doutrina social da Igreja, podendo ser considerada como, a “virtude que ordena para o bem comum todos os atos humanos exteriores”.⁵³ Também nesta esteira de raciocínio, Eros Roberto Grau menciona que a “justiça social, inicialmente quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoal do produto econômico (...) passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista”.⁵⁴ Vale também ressaltar a lição de José Afonso da Silva que anuncia que a “justiça social só se realiza mediante equitativa distribuição da riqueza”⁵⁵, possibilitando que o capitalismo se humanize. Segundo Uadi Lammêgo Bulos trata-se de “um dos instrumentos de tutela dos hipossuficientes (CF, art. 6º) que até hoje, não saiu do papel. O espírito do neoliberalismo não conseguiu estancar as desigualdades sociais, criadas e produzidas pela iníqua distribuição de rendas”⁵⁶.

Por fim, para que ordem econômica, cujos fundamentos são a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, que objetivam assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, deverão ser observados os princípios indicados nos incisos do art. 170 da Carta de Outubro de 1998. Estes princípios, bem como os que já mencionamos, são princípios gerais da atividade econômica, considerados núcleos condensadores de diretrizes ligados à apropriação privada dos meios de produção e a livre iniciativa que consubstanciam a ordem capitalista de nossa economia.

O primeiro destes princípios é a soberania nacional, que constitui também um fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. I da CF/88) e entre nos figura-se como um dos elementos constitutivos do Estado, sendo seu elemento formal que implica em supremacia na ordem interna e independência na ordem externa. Porém, sua inserção na ordem econômica diz respeito à formação de um capitalismo nacional autônomo e sem ingerências, o não se supõe o isolamento econômico perante as demais nações. José Afonso da Silva assevera que a soberania nacional econômica, nos traz a noção de que “o constituinte de 1988 não rompeu com o sistema capitalista, mas quis que se formasse um capitalismo nacional autônomo, isto é, não dependente”⁵⁷.

A Carta Magna inscreveu também a propriedade privada e a sua função social como princípios da ordem econômica (170, incs. II e III). Não obstante, no art. 5º, incs. XXII e XXIII, da CF/88 existem normas idênticas, além de vários outros dispositivos

⁵³ FERREIRA FILHO. *Curso de direito constitucional*. 2007, p. 359.

⁵⁴ GRAU. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 2004, p. 208.

⁵⁵ SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*. 2001, p. 767.

⁵⁶ BULOS. *Curso de direito constitucional*. 2007, p. 1238.

⁵⁷ SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*. 2001, p. 770.



constitucionais a respeito onde a propriedade é tratada como direito individual. Segundo Eros Roberto Grau⁵⁸ tal entendimento constitui uma imprecisão, pois existe distinção entre “função individual” (justificada na garantia de subsistência do indivíduo e de sua família) e “função social” (justificada pelos seus fins, seus serviços, sua função) da propriedade. José Afonso da Silva também comenta que as normas constitucionais relativas à propriedade denotam que ela não pode mais ser considerada como um direito individual nem como instituição de Direito Privado, e conclui: “por isso, deveria ser prevista apenas como uma instituição da ordem econômica, como instituição de relações econômicas, como nas Constituições da Itália (art. 42) e de Portugal (art. 62)”.⁵⁹

Assim, deve-se ter em mente que “a propriedade privada vertida sob a ótica de princípio da ordem econômica, é aquela que se insere no processo produtivo, envolvendo basicamente a propriedade – dita dinâmica – dos bens de consumo e dos bens de produção”.⁶⁰ Quanto aos bens de consumo (aqueles que são consumidos no mercado a satisfazem as necessidades humanas), nos dizeres de José Afonso da Silva, estes “são imprescindíveis à própria existência digna das pessoas, e não constituem nunca instrumentos de opressão, pois satisfazem necessidades diretamente”.⁶¹ Já quanto os bens de produção (aqueles que irão gerar outros bens ou rendas), para Eros Roberto Grau, é sobre eles incidindo “que se realiza a função social da propriedade. Por isso se expressa, em regra, já que os bens de produção são postos em dinamismo, no capitalismo, em regime de empresa, como função social da empresa”.⁶²

Em linhas gerais, significa dizer que garante-se a propriedade privada dos bens de produção, até porque estamos diante de um sistema capitalista, contudo seu uso está condicionado à um fim, qual seja “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170 da CF/88). Esta é a noção que se extrai da lição de Fábio Konder Comparato:

Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são limites negativos aos direitos do proprietário, mas a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria (e a matéria é precisamente a função social da propriedade), significa um poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que este objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do *dominus*; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se está diante de um interesse coletivo e essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica.

Eros Roberto Grau também menciona que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário, ou quem detenha o controle da empresa, o dever de exercê-lo em benefício de outrem, e não apenas de não o exercer em prejuízo de outrem.

⁵⁸ GRAU. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica). 2004, p. 216.

⁵⁹ SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*. 2001, p. 273.

⁶⁰ ARAUJO; SERRANO JUNÍOR. *Curso de direito constitucional*. 2006, p. 467.

⁶¹ SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*. 2001, p. 790-791.

⁶² GRAU. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica). 2004, p. 216.



Assim, este princípio impõe um comportamento positivo, prestação de fazer e não meramente de não fazer aos detentores do poder que deflui a propriedade, ele integra o conceito jurídico positivo da propriedade.⁶³

Outro princípio expresso é o da livre concorrência (inc. IV), que é definida por André Ramos Tavares como “a abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social”.⁶⁴ Para grande parte dos doutrinadores a livre concorrência é um desdobramento da livre iniciativa. Seguindo esta posição Eros Roberto grau a define como “livre jogo das forças do mercado, na disputa de clientela”.⁶⁵ Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior asseveram que “seu objetivo é a criação de um mercado ideal, caracterizado pelo assim chamado ‘estado de concorrência’”.⁶⁶

Também estão inseridos como princípios a defesa do consumidor (inc. V), a defesa do meio ambiente (inc. VI), a redução das desigualdades regionais e sociais (inc. VII) e a busca do pleno emprego (inc. VIII). Eles são denominados por José Afonso da Silva como “princípios de integração, porque todos estão dirigidos a resolver os problemas da marginalização regional ou social”.⁶⁷

Por fim temos como último princípio o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte (inc. IX). Da leitura rápida deste princípio poder-se-ia pensar que se trata de regra contrária a livre concorrência, contudo este tratamento favorecido, visa proteger os organismos que possuem menores condições de competitividade em relação às grandes empresas e conglomerados, para que dessa forma se efetive a liberdade de concorrência e de iniciativa. Nesse sentido proclama Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “numa era de gigantismo empresarial, a sobrevivência das empresas de pequeno porte é extremamente difícil. São elas, porém, um elemento de equilíbrio e, conseqüentemente, merecem um tratamento especial”.⁶⁸

Assim, podemos afirmar que ordem econômica na Constituição de 1988, constitui um conjunto de normas programáticas de uma Constituição dirigente, ou seja normas que procuram dizer para onde e como se vão atribuir os fins do Estado, não apenas o retrato do “mundo do ser” econômico. Eros Roberto Grau preleciona que o “artigo 170 prospera evidenciadamente, no sentido de implantar uma nova ordem econômica”.⁶⁹ É nesse sentido dinâmico que devemos entender a atuação estatal, que sob a ótica deste tipo de Constituição (dirigente), deve ser empreendida prospectivamente se manifestando através de planejamento, para se adequar não a apenas a “ordem estabelecida do presente, a defesa do presente, mas também a formulação de uma ordem futura, antecipação do porvir”.⁷⁰ Desta forma, “a ordem econômica na constituição de 1988, sendo objeto de interpretação dinâmica, poderá ser adequada às mudanças da realidade social, prestando-se, ademais, a instrumentá-las”.⁷¹

⁶³ GRAU. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica). 2004, p. 222-223.

⁶⁴ TAVARES. *Direito constitucional econômico*. 2006, p. 83.

⁶⁵ GRAU. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica). 2004, p. 193.

⁶⁶ ARAUJO; SERRANO JUNÍOR. *Curso de direito constitucional*. 2006, p. 468.

⁶⁷ SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*. 2001, p. 774.

⁶⁸ FERREIRA FILHO. *Curso de direito constitucional*. 2007, p. 362.

⁶⁹ GRAU. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica). 2004, p. 157.

⁷⁰ GRAU. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica). 2004, p. 309.

⁷¹ GRAU. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica). 2004, p. 314.



7. CONCLUSÃO: O DIREITO CONCURSAL ANALISADO À LUZ DA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

Inicialmente, é válido fazer menção à importância da empresa nos exatos termos da lição de Fábio Konder Comparato,

se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva como elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escola é indubitável: essa instituição é a empresa.

É dela que depende, diretamente, a subsistência da maior parte da população ativa deste país, pela organização do trabalho assalariado. A massa salarial já equivale no Brasil, a 60% da renda nacional.

É das empresas que provém a grande maioria dos bens e serviços consumidos pelo povo, e é delas que o Estado retira a parcela maior de suas receitas fiscais.

É em torno da empresa, ademais, que gravitam vários agentes econômicos não assalariados, como investidores de capital, os fornecedores, os prestadores de serviços.⁷²

A empresa é quem paga os salários da maior parte da população e lhes garante subsistência, é dela que provém a grande quantidade de bens e serviços, a maior receita tributária do Estado provém de suas atividades, ou seja, é uma instituição de imensurável importância social.

Diante desta constatação, podemos afirmar que a empresa que passa por uma crise, seja qual for seu motivo, ameaça ou afeta diretamente a ordem econômica instaurada. Por isso deve ser dispensando um tratamento peculiar ao organismo empresarial em crise, ante sua importância social.

A empresa em crise, que não receber o tratamento devido irá sem dúvida sucumbir, ou seja, falir, “morrer”, e irão desaparecer os empregos, as rendas e os produtos ou serviços por ela gerados. Por esta razão nossa ordem econômica constitucional, apesar de ser capitalista, determina e acolhe com um princípio norteador a função social da empresa, talvez já antevendo a possibilidade desta empresa, passar por crises, inerentes ao empreendimento empresarial. Já que, como dissemos anteriormente nossa ordem econômica constitucional vigente é composta por normas programáticas de uma Constituição dirigente.

Assim, por determinação da ordem econômica constitucional vigente, diante uma crise empresarial, ao invés de se privilegiar o interesse dos credores da empresa e dissolve-la para que assim sejam solvidos os débitos, deve-se buscar o soerguimento daquela empresa, evitando sua falência, ou seja, implementando medidas que visem a recuperação da empresa em crise, para que ela possa se manter “viva” no mercado e conseqüentemente se mantenham os empregos, rendas e bens por ela produzidos.

Contudo é importante frisar que, com estas palavras não pretendemos aqui afirmar que toda e qualquer empresa em crise deve ser recuperada em detrimento de seus credores, até porque tal afirmação implicaria na interpretação de que toda empresa cumpre

⁷²COMPARATO. *Direito empresarial*. 1995, p. 03.



sua função social, pelo simples fato de ser empresa e gerar empregos, rendas e bens. O que não é verdadeiro.

Na verdade pretendemos com este trabalho concluir que a empresa em crise deve ser recuperada, porém somente aquela empresa que atenda e cumpra a função social, conforme o estabelecido no art. 170, inc. III da CF/88. Desta forma, o art. 47 da Lei n. 11.101/05, que traz o conceito de recuperação judicial e também extrajudicial de empresas, somente pode ser aplicado para a empresa que cumpra sua função social, ou seja, privilegie o interesse coletivo e sua recuperação seja capaz de justificar a necessidade de medidas para sua manutenção diante de uma crise econômico-financeira.

Portanto podemos concluir que o Direito Concursal que nos seus primórdios, era um direito destinado a salvaguardar os interesses dos credores, atualmente, diante na ordem econômica constitucional de 1988, passou a assegurar de todos os meios e modos possíveis, os interesses sociais, ou seja, a manutenção da empresa que cumpra sua função social.

8. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e concordata*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ARAUJO, Luiz Alberto Araújo; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. A nova lei concursal brasileira: lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005: análise e reflexões. 1. ed. Franca: Lemos & Cruz, 2007.
- ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 35, n. 104, p. 190-126, São Paulo: Malheiros, out./dez. 1996.
- BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BESSONE, Darcy. *Instituições de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova lei de recuperação e falências comentada: lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 comentário artigo por artigo*. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Revista do Tribunais, 2005.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas: (lei n. 11.101, de 9-2-2005)*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Manual de direito comercial*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo : Saraiva, 1995.
- _____. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, v. 732, ano 85, p. 38-46, São Paulo: RT, out. 1986.
- FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2005.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FUNDAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO ADMINISTRATIVO – FUNDAP, São Paulo. *Processo constituinte; a ordem econômica e social*, São Paulo, 1987.



- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GUIMARAES, Maria Celeste Moraes. *Recuperação judicial de empresas e falência à luz da lei n. 11.101/2005*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- LACERDA, José Candido Sampaio de. *Manual de direito falimentar*. 14. ed. rev. e atual. por Jorge Miranda Magalhães. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- LOBO, Jorge. *Da recuperação da empresa no direito comparado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1993.
- MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. vol. 4. São Paulo: Ed. Atlas, 2006.
- MACHADO, Rubens Approbato (coord.). *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas: doutrina e prática: lei n. 11.10 de 9/2/2005 e LC 118 de 9/2/2005*. São Paulo: Quatier Latin, 2005.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. vol. 3. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Comentários à nova lei de falências*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.
- PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata: comentários à lei de falências: doutrina, prática e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004.
- SLAIB FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.
- TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2006.