

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

ANDRESSA KUNZE

**A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA FRENTE À
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO**

**CURITIBA
2007**

ANDRESSA KUNZE

**A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA FRENTE À
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Luiz Osório Moraes Panza

**CURITIBA
2007**

TERMO DE APROVAÇÃO

ANDRESSA KUNZE

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA FRENTE À CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2007.

DEDICATÓRIA

Dedico mais esta vitória as três pessoa que eu mais amo na vida e que sem elas nada teria sentido, obrigada mãe, Valdinei e Vanessa. Minha alegria seria triste se eu não tivesse vocês para me ver sorrir. Obrigado por existirem.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente á minha mãe “Linda” por sempre ter me incentivado a lutar, me mostrando diariamente que somos responsáveis pelo nosso futuro e que independente das dificuldades sempre podemos vencer. Mãe você é a pessoa vencedora que me inspirou e que sempre idolatrei, pois a tua força me fez forte, obrigada sempre.

Agradeço também ao meu namorado que me apóia incondicionalmente, me estimulando a crescer e principalmente a ser uma pessoa melhor, por todos os conselhos e socorros que me prestou, te agradeço e Te Amo cada vez mais.

Agradeço aos meus tios “Cleusa e Julio” que sempre fizeram parte da minha vida, e que me acolheram para que eu pudesse estudar e estar me realizando neste momento.

Agradeço a minha irmã pela oportunidade que me proporcionou para que pudesse estar aqui.

Agradeço a todos os professores que mesmo naqueles dias em que não estávamos atentos ao que diziam, insistiam e ali permaneciam na esperança de nos auxiliar, nem que a todo dia somente um pouco. Obrigada às pessoas e profissionais que são.

E finalmente, tenho um agradecimento especial para fazer ao meu orientador, por sua atenção, humildade em debater os assuntos que tanto conhece e pela pessoa gentil e prestativa que mostrou ser, obrigada professor “Panza”.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I – HISTÓRICO	9
1.1 HISTÓRICO DA FALÊNCIA.....	9
1.1.1 No Direito Romano.....	9
1.1.2 Na Idade Média.....	10
1.1.3 No Código Napoleônico.....	12
1.1.4 No Brasil.....	12
1.2 HISTÓRICO DA CONCORDATA.....	15
1.2.1 A Concordata no Direito Brasileiro.....	16
1.3 HISTÓRICO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA.....	18
CAPÍTULO II – A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA LEI Nº. 11.101/2005 – ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA COMO BALIZADORES DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA	24
2.1 DEFINIÇÃO DE PRINCÍPIOS E REGRAS.....	24
2.1.1 Regras Constitucionais.....	25
2.1.2 Princípios Constitucionais.....	27
2.2 CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA.....	29
2.3 A ORDEM ECONÔMICA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.....	30
2.4 CONSTITUIÇÕES ECONÔMICAS BRASILEIRAS.....	31
2.4.1 Constituição de 1934.....	32
2.4.2 Constituição de 1937.....	33

2.4.3 Constituição de 1946.....	34
2.4.4 Constituição de 1967.....	35
2.4.5 Constituição de 1988.....	36
2.5 O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA.....	37
2.5.1 Definição de Recuperação Judicial da Empresa.....	40
CAPÍTULO III – FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA.....	43
3.1 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO ESTADO CONTEMPORÂNEO.....	43
3.2 TEORIA DA EMPRESA.....	46
3.2.1 Noção Econômica e Jurídica da Empresa.....	47
3.2.1.1 Noção Econômica da Empresa.....	47
3.2.1.2 Noção Jurídica da Empresa.....	47
3.2.2 Conceito Jurídico da Empresa no Direito Brasileiro.....	48
3.3 DEFINIÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA.....	51
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS.....	60

RESUMO

A presente pesquisa vai tratar da Recuperação Judicial da Empresa frente a constitucionalização do direito.

O primeiro capítulo disporá sobre o histórico da Direito Falimentar, compreendendo o histórico da Concordata como instituto primeiro da recuperação e também o histórico da Recuperação Judicial da Empresa.

O segundo capítulo irá falar da constitucionalização da Lei nº. 11.101/2005, pela análise dos princípios da Ordem Econômica, os quais se apresentam como balizadores do instituto da Recuperação Judicial da Empresa. Passando por uma análise das Constituições e observando a evolução dos referidos princípios contidos nelas. E fazendo um confronto dos Princípios da Ordem Econômica com o instituto da Recuperação Judicial da Empresa e trazendo uma definição do que seria tal instituto.

E, finalmente, no Terceiro Capítulo, será tratada a Função Social da Empresa, que se apresenta como a protagonista da economia, através de sua função de contribuição em relação ao recolhimento de tributos e seu papel na ordem econômica.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objeto a Recuperação Judicial da Empresa frente à constitucionalização do direito, para que em análise a crescente evolução social e normativa, verifique a constitucionalização da Lei de Falências através do instituto da recuperação Judicial da empresa, para que assim viabilize-se a recuperação desta em observância aos princípios constitucionais e principalmente à dignidade da pessoa humana.

No que se refere ao desenvolvimento do tema, o Primeiro Capítulo trata do histórico da falência, da concordata e da Recuperação Judicial da Empresa, tendo esta como um novo paradigma.

O segundo Capítulo falará sobre a Constitucionalização da Lei nº. 11.101/2005, em Análise aos Princípios Constitucionais da Ordem Econômica como Balizadores do Instituto da recuperação Judicial da Empresa. Neste capítulo é demonstrada a paralela evolução das Constituições Brasileiras com a Lei de Falências, e principalmente a absorção dos princípios constitucionais pela referida lei.

E, por fim, o terceiro Capítulo explicará a importância da função social da empresa, que atua como partícipe na comunidade em que está inserida, presando desta forma o equilíbrio da ordem econômica, através dos princípios constitucionais.

Dentro deste novo contexto, pode-se pensar numa verdadeira função social da empresa, sendo a mesma vinculada a realização dos interesses coletivos.

CAPÍTULO I

HISTÓRICO

1.1 HISTÓRICO DA FALÊNCIA

O instituto da falência vem se transformando ao longo dos séculos possuindo assim vários antecedentes históricos.

1.1.1 No Direito Romano

A falência é um instituto ligado ao desenvolvimento progressivo do conceito de obrigação.

Na fase mais primitiva do Direito Romano (Direito Quiritário), que antecede à codificação da Lei das XII Tábuas, admitia-se a *addicere*, isto é, a adjudicação do devedor insolvente, que permanecia em estado de servidão para com o credor por sessenta dias. Se não solvido o débito neste período o devedor poderia vendê-lo ou até matá-lo.

Assim, verifica-se que no Direito Romano a execução possuía uma atribuição personalista, a cobrança do débito se dava diretamente na pessoa do devedor, levando-o a ser a única garantia de todos os credores.

Importante ressaltar, que neste período, caso houvesse um concurso de credores, ou seja, mais de um credor, o devedor poderia ser morto e seu corpo então, era esquartejado e dividido entre os credores, como satisfação proporcional de seus créditos.

Com o decorrer dos tempos, foram desenvolvidas outras formas de cobrança e penalização aos devedores.

A evolução do Instituto Falimentar se mostra em um primeiro momento com a promulgação da “*Lex Poetelia Papiria*”, lei esta que introduziu a execução patrimonial no Direito Romano, vindo à abolir o critério de responsabilidade pessoal, e proibindo o encarceramento, a venda como escravo ou a morte do devedor, para satisfação dos créditos.

Posteriormente, no ano de 737 a.C, é experimentado um novo avanço com a promulgação da “*Lex Julia*”, que facultou ao devedor a cessão de seus bens ao credor, este podendo vendê-los separadamente, reservado-lhe certa parte de seus bens para atender as suas necessidades para viver.

Para alguns autores, na *Lex Julia Bonorum* estaria o embrião da falência, como observa Waldemar Ferreira apud Amador Paes de Almeida (Curso de Falência e Concordata. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.3-4).

Não poucos romancistas divisam na *Lex Julia* o assento do moderno Direito falimentar, por ter editado os dois princípios fundamentais – o direito dos credores disporem de todos os bens do devedor e o da *par conductio creditorum*.

Desde então, o credor, que tomava a iniciativa da execução, agia em seu nome e por direito próprio, mas também em benefício dos demais credores. Com isso, veio a formar-se o *Bonorum Vendictio*, com a larga série de providências, determinadas pelo pretor, contra os atos fraudulentos de desfalque de seu patrimônio, praticado pelo devedor.

Entre elas, a *actio pauliana*, por via da qual “*quoe in fraudem creditorum alienata sunt revocantur fructu quoque restituntur*”

1.1.2 Na Idade Média

Na Idade Média que o instituto falimentar teve maior ressonância, pois houve a transição da execução individual no processo de execução por dívidas, onde,

quando o devedor fosse solvente, a execução se realizava sobre os bens móveis, e no caso de insolvência do mesmo, a execução se realizava a própria pessoa do devedor.

Aos poucos foi afastada a idéia de que a satisfação do débito deveria recair sobre a pessoa do devedor, mas sim sobre o patrimônio deste. Entretanto, os castigos excessivos permaneceram para aqueles tidos como devedores falidos.

É nesta fase que a falência é vista como delito, cercando o falido de infâmia, ou seja, "*Falliti sunt fraudatores*", os falidos são fraudadores, enganadores.

Daí a origem da expressão "Falência", do verbo *fallere*, que significa falsear enganar.

Foi precisamente na Idade Média que apareceu a idéia de que o crédito comercial é de interesse geral e não apenas do credor e do devedor.

Na Idade Média, contudo, a tutela estatal assume especial relevo, condicionando a atuação dos credores à disciplina judiciária. O concurso creditório é rigidamente disciplinado, com a obrigatoriedade de os credores habilitarem-se em juízo, por onde se processa a arrecadação dos bens do devedor, atribuindo-se ao juiz a função de zelar, porque se guardasse e vendesse, partilhando-se o produto entre os credores. (Almeida. Curso de Falência e Concordata. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.4).

"É nessa época que o concurso de credores se transforma em falência, quando o comércio, sobretudo o marítimo, atinge extraordinária expansão nas cidades italianas" (Almeida, 2000, p.4).

Neste momento pode-se observar claramente a evolução da falência no sentido individual, para o aspecto social, analisando as situações de quebra sob nova ótica, pois é a partir da Idade Média que o direito comercial com sua conotação de direito privado sofre a intervenção estatal.

1.1.3 No Código Napoleônico

O sistema falimentar italiano teve grande repercussão em outras nações aparecendo na França nas Ordenações de 1673.

O código comercial francês (1897) teve preponderante influência no desenvolvimento do instituto falimentar, impondo graves restrições ao falido. Posteriormente, contudo, adquiriu um teor mais brando, tendo uma característica econômica, social e contribuindo profundamente para o entendimento do conceito de “empresa”. Também no direito comercial brasileiro o código Napoleônico teve grande influência. (Ronconi. 2002, p.28).

E dentro do mesmo contexto Amador Paes de Almeida “...refletindo no seu bojo as profundas alterações por que passaria o direito comercial e que culminaria com a modificação do próprio conceito de empresa, vista hoje como uma instituição social” (Almeida. 2000, p.5).

Ocorre então a nítida distinção entre devedores honestos e desonestos, facultando a aqueles os favores da moratória, com o aperfeiçoamento da concordata.

1.1.4 No Brasil

Enquanto colônia o Brasil estava sujeito à legislação portuguesa, onde os princípios predominantes eram do direito romano. Porém no que se referia a falência o que preponderava era o direito estatutário italiano.

Assim, como era a legislação portuguesa que vigorava no Brasil, este se submeteu as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

No entanto, foram as Ordenações Filipinas de 1603, conforme explanação de Paes de Almeida (2000, p.5), que ao adotarem os princípios da Lei 8 de março de 1595, consagraram pela primeira vez a quebra dos comerciantes distinguindo nitidamente, “os mercadores que se levantavam com fazenda alheia (considerados ladrões públicos) e os que caíssem em pobreza sem culpa sua (os que podiam compor com os credores).

Foi, todavia com o Alvará de 13 de novembro de 1756, promulgado pelo Marquês de Pombal, que se teve no Brasil um autêntico processo de falência, sendo acentuadamente mercantil, em juízo comercial, exclusivamente para comerciantes e homens de negócio. (Almeida, 2000, p.6).

Em 1850, a legislação falimentar passou a se reger pela Lei nº 556, aplicada às atividades mercantis. Neste Código Comercial, sob o título “das quebras”, a falência tinha como características a cessão de pagamentos, onde o comerciante deveria comunicar a impossibilidade de saldar as suas obrigações, no prazo de três dias, ao Tribunal de Comércio, podendo-se perceber a primeira manifestação de falência no Código Comercial Brasileiro. (Ronconi. 2002, p.32).

A Lei nº 556/1850 foi regulamentada pelo Decreto-Lei nº 738 de 25 de novembro do mesmo ano, que por ter se mostrado inadequado foi inteiramente derogado pelo Decreto-Lei nº 917 de 24 de novembro de 1890.

O mencionado Decreto-Lei 917, passou a caracterizar na falência a impontualidade e não mais a cessação de pagamentos, inaugurando assim a segunda fase histórica do instituto da falência no Brasil. Esta nova fase instituiu como meios preventivos a cessão de bens, o acordo extrajudicial e a concordata preventiva.

A terceira fase do instituto falimentar iniciou com a aprovação da Lei nº 2024 da autoria de Xavier Carvalho de Mendonça, lei esta de 17 de dezembro de 1908, que representava uma síntese bem elaborada dos princípios que norteavam o Decreto-Lei 917, de 1890. No entanto esta lei sofreu alterações através do Decreto nº 5.746 de 09 de dezembro de 1929.

Logo, na constante busca pelo aperfeiçoamento e em face da preocupação de ajustar a legislação nacional à filosofia política de fortalecimento dos poderes, cogitou-se a reforma da lei falimentar, surgindo, conseqüentemente, o Decreto-Lei nº 7661 de 21 de junho de 1945, de projeto elaborado pelos juristas professores Noé Azevedo, Joaquim Canudo Mendes de Almeida, Silvio Marcondes e Luiz Lopes Coelho. (Tzirulnik. 2002, p.40).

O projeto elaborado por esta comissão convertido no Decreto-Lei 7661 de 21 de junho de 1945, trouxe muitas inovações, algumas delas, aliás, já constantes do anteprojeto de Miranda Valverde, como a não dependência da concessão da concordata preventiva a vontade dos credores. Além disso, a nova lei eliminou a figura do liquidatário e instaurou o andamento do processo criminal.(Tzirulnik, 2002, p.40).

Posteriormente, estando o Decreto-Lei 7661 precisando de alterações, pois o mesmo vigeu desde 1945, onde com certeza pode-se afirmar que houve inúmeras alterações no quadro político-econômico-social, visto que até mesmo nova constituição passou a vigir, a Constituição de 1988, demonstrando a necessidade da adequação da Lei que regulava a Falência e outros institutos que advinham dela, como a concordata, com a nova realidade e a visão moderna constitucional do direito.

Para que ocorresse tal adequação surgiu projeto de lei nº 4.376, o qual foi enviado ao Congresso Nacional em 21 de dezembro de 1993.

Dentre as inúmeras alterações que o projeto apresentou, destacou-se o instituto da recuperação judicial da empresa, sendo na concepção de Osvaldo Biolchi, deputado federal, relator do projeto, a principal conquista do novo texto de lei.

1.2 HISTÓRICO DA CONCORDATA

A concordata surge no direito brasileiro como um instituto que tem por objetivo a proteção do crédito de uma forma mais suave do que a falência, e também a recuperação imediata do devedor.

A provável origem da concordata, segundo a doutrina, estaria em dois institutos do Direito Romano: “*o pactum ut minus solvatur e a indutia quinquinallis*”

Conforme expõe Tzirulnik, na Roma antiga, acreditava-se que quando o devedor morria sem adimplir suas obrigações, sua alma tornava-se “penada”, e que para salvá-la, os seus herdeiros reuniam-se para verificar as forças da herança e fazer uma proposta aos credores para solver a dívida. Assim segundo o “*pactum ut minus solvatur*”, os credores concordavam com os herdeiros na redução de seus créditos até a força da herança, para que, ao vender os bens efetuassem o pagamento junto aos credores, utilizando-se deste pacto, onde a memória do falecido não ficaria marcada pela infâmia.

Tal pacto perdeu o sentido com a introdução dos benefícios do inventário de Justiniano.

O instituto denominado “*indutia quinquinallis*”, com algumas semelhanças à concordata, constituía-se do benefício que o Imperador podia conceder ao devedor de boa-fé, que alegasse que suas dificuldades financeiras eram passageiras, e que

poderiam ser resolvidas brevemente, pois o prazo máximo estabelecido por este instituto era de cinco anos.

Para Paes de Almeida, como todo instituto jurídico, a concordata também passou por sucessivas alterações, numa evolução gradativa que por certo, ainda não terminou.

Decorrência da humanização do cumprimento da obrigação [...] manifestou-se embrionariamente no Direito Romano, conquanto só se consolidasse na Idade Média, surgindo inicialmente a chamada concordata suspensiva e só posteriormente a concordata preventiva. (Almeida. 2000, p. 383).

O Direito Romano já abrigava institutos jurídicos que possibilitavam a composição entre devedor e os credores, “todavia só na Idade Média se consolidaria o instituto, surgindo, inicialmente, na Itália, e dali se irradiando por outros países da Europa.” (Almeida, 2000, p. 384).

1.2.1 A Concordata no Direito Brasileiro

A concordata foi introduzida no Brasil pelo Código Comercial de 1850, na forma de suspensiva, ou seja, aquela concedida no decorrer do processo falimentar, quando o falido volta a administrar os seus bens livremente.

Ao devedor que fosse julgado por culpa ou ato fraudulento não era admitida a concessão da concordata.

Segundo Paes de Almeida, paralelamente à concordata suspensiva, era concedida a moratória pelo Código Comercial, desde que o comerciante provasse que a possibilidade de satisfazer as obrigações contraídas, decorria de acidentes extraordinários imprevistos ou de força maior. (Almeida. 2000, p.384).

Já a concordata preventiva foi introduzida pelo Decreto nº 917 de 24 de outubro de 1890, onde o comerciante requeria preventivamente a mesma, para evitar a declaração da falência.

A concordata preventiva podia ser judicial ou extrajudicial, sendo esta firmada extrajudicialmente, entre o devedor e seus credores, exigindo-se a homologação do juiz, e aquela levada a efeito perante o juiz.

O decreto nº 2024 de 1908 veio com inovações, eliminando a moratória e a concordata extrajudicial.

Posteriormente, profundas alterações foram apresentadas com o Decreto-Lei nº 7661 de 21 de junho de 1945.

Este Decreto-Lei manteve tanto a concordata suspensiva quanto a preventiva, “alterando a condição da concessão dos credores para o Estado”. (Andrade. 1996, p. 198).

Portanto, neste momento a aplicação da concordata como remédio ao devedor economicamente doente se dá pela sentença do juiz, pois a mesma é prerrogativa do Estado.

Manteve, no entanto, o espírito da concessão, arraigado desde o Direito Romano, passando por todos os juristas da Idade Média, suas influências decisivas e nas normas de direito consuetudinário: o devedor para ser concordatário há de ter sido infeliz nos negócios e ser de boa-fé. (Andrade, p. 198).

O autor ao se referir às normas de direito consuetudinário afirma que: “Neste sentido, é que se diz o Direito Consuetudinário, para indicar a regra ou a praxe jurídica que não vem em textos, mas se firma o hábito, na tradição, no uso. [...] E

nesta razão já asseverava Cícero: *'Consuetudinis magna vis est'* (Grande é a força do hábito). (Silva. 2001, p. 210).

1.3 HISTÓRICO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA.

Ao falar sobre o instituto da recuperação judicial da empresa no contexto histórico, o doutrinador Joaquim Bisbal Mendes refere que a gênese deste instituto se dá após a Primeira Guerra Mundial. Já para Jorge Lobo, sua origem foi a partir da Segunda Guerra Mundial, pois esta ocasionou um declínio acentuado nas empresas, gerando um caos social (grande confusão ou desordem), onde o Poder Público começou a intervir com a finalidade de auxiliar o comerciante em dificuldades, buscando soluções para o reerguimento das empresas, da economia e recuperação do emprego, observando também a auto-estima dos trabalhadores e dos empresários. (Ronconi. 2002, p. 68).

Logo, o instituto da recuperação das empresas, para Rubens Requião, não se trata de inovação no Direito Brasileiro, e sim de relembrar uma hipótese já muito estudada no ordenamento brasileiro, despontando no Alvará de 1756, tendo o mesmo sido outorgado um ano depois do terremoto em Lisboa, que causou praticamente a ruína do comércio e da navegação na metrópole. Era disposto no Alvará a seguinte determinação:

Os comerciantes que quebrassem - cahirem em pobreza sem culpa sua – por sofrerem em seus negócios lícitos, não eram punidos criminalmente; e os que cahirem em pobreza sem culpa sua, por receberem grandes perdas no mar, ou em terra, em seus tratos, e commercios lícitos, não constando de algum dolo ou malícia; não incorrerão em pena de algum crime. E neste caso serão os atos remetidos ao Prior, e Cônsules do Consulado, que os procurarão concertar, e compor com seus credores, conforme seu regimento. (Requião. 1998, p.17 e 18).

No entanto, Aclibes Bulgarelli, citado por Ronconi, “diverge da opinião acima, entendendo que o instituto da recuperação da empresa teve origem no Direito Francês, encontrando-se também no Direito Italiano. (Ronconi. 2002, p.69).

Assim, verifica-se que a evolução histórica da legislação francesa no que se refere a prevenção de dificuldades, começa a ser tratada a partir 1967. Os seguintes processos organizam-se pelos textos de 1967:

- a) O regulamento amigável é considerado o processo utilizado pelas empresas economicamente saudáveis e que podem encontrar um funcionamento normal de suas atividades, após a votação de uma concordata;
- b) A liquidação de bens visa eliminar as empresas que não são viáveis;
- c) A suspensão provisória de poursuites se aplica às empresas importantes que atravessem dificuldades econômicas financeiras graves, mas que não estejam em estado de cessação de pagamentos. (Zanetti. 2002, p.19).

No direito francês, o destino das empresas se verifica em relação à sua possibilidade de recuperação e o destino do devedor é analisado sob aspecto subjetivo ou moral, o qual depende de seu comportamento.

A ordenação de 1967 tem por objetivo salvar a empresa em dificuldades antes da cessação de pagamentos e de lhe permitir que prepare um plano de recuperação obtendo remissão da dívidas de prazo de pagamento, dando-lhe uma proteção contra as execuções dos credores. (Zanetti, 2002, p. 20).

Pelo ordenamento francês para a empresa ser admitida no processo de recuperação, ela deve estar passando por dificuldades financeiras, mas não irremediavelmente comprometida.

“O processo de recuperação é aplicado somente às grandes empresas e esta condição é apreciada em função de seu faturamento e do caráter indispensável da atividade para a região onde esta localizada.” (Zanetti, 2002, p. 20).

No decorrer do tempo é instituído pela Lei de 1º de março de 1984, o Regulamento amigável, que vem dar um certo prazo chamado de observação, para que o devedor apresente um plano de recuperação. A intenção foi de favorecer um acordo entre a empresa com dificuldades e seus credores, antes da cessação de pagamentos. Neste prazo que o devedor tem para apresentar seu plano de recuperação judicial, lhe é concedida uma moratória. “O plano prevê prazos para pagamentos e remissão de dívidas.” (Zanetti, 2002, p. 21).

Devido ao processo de constante evolução vem a Lei nº 94.475, de 10 de junho de 1994, relativa à prevenção e ao tratamento das dificuldades das empresas, modificaram-se vários dispositivos da Lei nº 84.148, de 1º de março de 1984, “trazendo como marca o reforço do papel do juiz para conservar a natureza contratual do acordo amigável entre os credores e o devedor”. (Zanetti, 2002, p. 22)

Na Itália, a recuperação da empresa surge através da Administração Controlada, que, “nasce com a finalidade de impedir que o devedor venha falir quando sua dificuldade de liquidez for temporária para fazer frente a suas obrigações.” (Zanetti, 2002, p. 23).

Assim, com a Lei de 18 de abril de 1851, sobre ‘sursis de paymente’ (prorrogação de pagamento), tem-se o primeiro precedente sobre a Administração Controlada, “a qual prevê uma espécie de moratória ao devedor quando o ativo líquido é inferior ao passivo.” (Zanetti, 2002, p. 23).

Nesta forma de procedimento adotado pelo direito italiano, há o interrogatório do devedor, devendo o mesmo descrever sua situação econômica, sendo suspensas todas as execuções propostas contra o mesmo, independente da classe que o devedor se encontra.

O devedor não pode vender, receber capitais imobiliários, constituir garantia, sob pena de nulidade dos seus atos, se não obtiver autorização especial do juiz delegado.

No processo de Administração Controlada é necessário que se designe, “um ou vários comissários judiciais que têm a faculdade de estabelecer medidas mais oportunas para satisfazer os interesses do devedor e dos credores.” (Zanetti, 2002, p. 23).

Ao devedor é solicitada a verificação do ativo e do passivo, como também, a apresentação de um plano de recuperação, de liquidação e de divisão de bens. Em seguida, o plano é submetido a votação dos credores e posteriormente é apresentado ao tribunal para sua apreciação. (Zanetti, 2002, p. 23).

O artigo do Código Comercial Italiano, de 1882, tenta dar uma alternativa à falência através do processo de moratória pré-falimentar, que produz resultados insignificantes.

Por intermédio da Lei nº 267, de 16 de março de 1942, é feita uma tentativa de melhoramento do processo de Administração Controlada, todavia não surtindo os efeitos esperados, pois se mostrou insuficiente para superar uma crise de liquidez.

Durante um certo período o processo de Administração Controlada foi muito apreciado, pois condizia com a realidade social da época.

Segundo Zanetti, a idéia de considerar a empresa como um instrumento para criação e manutenção dos postos de trabalho vem da Lei nº. 391, de 24 de junho de 1978, a qual modifica o artigo 187 da Lei sobre falências de 16 de março de 1942. (Zanetti. 2002, p. 25).

Um novo projeto de Lei sobre falências e concordatas está em andamento junto aos órgãos competentes, na Itália, para vir a substituir a atual legislação.

As modificações apresentadas por este novo projeto estão direcionadas principalmente ao que se refere ao conceito de “dificuldade temporária”, assim como, nas questões da distinção da pessoa do empresário com a empresa, pois sabe-se que a recuperação é da empresa e não do empresário.

Marcio Chalegre Coimbra, no que se refere à “Recuperação da Empresa”, expõe que a Inglaterra, como precursora da Revolução Industrial, “foi também o primeiro país a se preocupar com a situação da empresa em crise.” (Coimbra. 2000, p. 25) No entanto, o que já existia em meados do século XIX, era o princípio da prevenção, que procurava “diminuir o número de naufrágios”. (Coimbra, 2000, p. 28).

A Recuperação da empresa em crise, hoje é uma questão estudada e também adotada pela legislação de vários países, como por exemplo, a Alemanha, os Estados Unidos, Áustria, Espanha, França, Inglaterra, Portugal, Itália, Argentina e também no Brasil.

O principal fator apontado por Coimbra, para o tardio desenvolvimento do Instituto da Recuperação da Empresa no Brasil, é que sua industrialização começou praticamente cinquenta anos após as nações acima mencionadas. (Coimbra. 2000, p. 28).

No ordenamento brasileiro, a recuperação surgiu primeiramente na forma de concordata preventiva, que se assemelhava ao Regulamento Amigável Francês e a Administração Controlada Italiana, “no sentido que o devedor depende do consentimento dos credores para ser admitido ao processo”. (Zanetti, 2002, p. 26)

A concordata nasce com a finalidade de prevenir a falência das empresas, tomando como base o mecanismo da moratória para facilitar o pagamento das dívidas. Evoluiu a mesma ao ponto de ser concedida pelo Estado, como já exposto no tópico “Histórico da Concordata”.

Frente às transformações da Legislação Falimentar, advindas da evolução social e econômica, foi apresentado o Projeto de Lei nº 4.376/93, que manteve a preocupação maior na recuperação da empresa no âmbito judicial.

Posteriormente, depois de inúmeras alterações e emendas ao projeto apresentado, em 09 de fevereiro de 2005, entrou em vigor a Lei 11.101, a qual passou a regular a recuperação de empresas e as falências.

A nova Lei atua em paralelo a Lei anterior, pois a nova lei só se aplica as falências decretadas depois de sua promulgação, e para os casos anteriores, se aplica o Decreto-Lei 7661/45, assim como o processamento das concordatas.

Neste momento se verifica a efetiva inclusão da Recuperação Judicial da Empresa no ordenamento pátrio, adequando-se a legislação aos anseios sociais e observando a necessidade da manutenção das fontes de trabalho, tributo e principalmente do desenvolvimento econômico nacional que se deve essencialmente as empresas.

Portanto, passa-se a dar um tratamento diferenciado a empresa entendendo sua importância, e através de uma visão constitucional observando sua função social dentro do quadro nacional.

Assim, ao observar a evolução constitucional no que tange à Ordem Econômica, vê-se que, por estar a empresa inclusa e protegida pelos princípios que à regem, não poderia ser outro o foco de nova lei senão tratamento diferenciado à empresa por ser fonte produtora de trabalho, geradora de impostos e principalmente parte atuante na comunidade, cidade, Estado e País que esta incluída.

CAPÍTULO II

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA LEI Nº. 11.101/2005 – ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAS DA ORDEM ECONOMICA COMO BALIZADORES DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA

2.1 DEFINIÇÃO DE REGRAS E PRINCÍPIOS

A norma jurídica se divide em duas espécies, sendo elas, princípios e regras.

Tais princípios e regras se fundam em cinco critérios, segundo o entendimento do professor Guilherme Pena. Sendo analisados os princípios e regras, quanto ao conteúdo, quanto à origem, quanto aos efeitos, quanto à forma de aplicação e quanto à função no ordenamento.

Primeiramente, quanto ao conteúdo, parafraseando o professor Pena, os princípios contém a previsão de um valor fundamental da ordem jurídica, enquanto as regras contém a descrição de uma situação de fato e a prescrição de uma conduta entre sujeitos. (Pena, 2003, p.95).

Já quando à origem, a validade dos princípios decorre do seu próprio conteúdo, logo em relação as regras a validade destas deflui de outras regras, visto que sua produção tem como parâmetros o ordenamento constitucional. (Pena, 2003, p.95).

Quanto aos efeitos, a eficácia das regras é delimitativa pelo enunciado, ao passo que a eficácia dos princípios é relativamente indefinida no ordenamento jurídico. (Pena, 2003, p.96).

Em relação à forma de aplicação, sabe-se que as regras incidem sobre o conceito dos fatos descritos nos seus antecedentes normativos, no entanto os princípios não comportam a subsunção, ou seja, não há necessidade de se apurar se um fato jurídico reproduz a hipótese contida na norma jurídica. (Pena, 2003, p.96).

E por fim, quanto à função no ordenamento jurídico, vê-se que os princípios são multifuncionais, visto que já as regras são unifuncionais, assim verifica-se que os princípios são destinados à atividade produtiva, interpretativa e aplicativa das regras para a sistematização do Direito Constitucional. (Pena, 2003, p.97).

2.1.1 Regras Constitucionais

Num primeiro momento há que se definir as regras constitucionais. Para o doutrinador Peña:

“As regras constitucionais são extraídas de enunciados normativos, com reduzido grau de abstração e generalidade, que descrevem situações fáticas e prescrevem condutas intersubjetivas, com a fenomenologia de incidência dirigida pelos princípios de modo que eventual conflito é resolvido na dimensão da validade, à luz dos critérios cronológico, hierárquico ou especialidade, com a exclusão à hipótese a elas subsumidas de todas as regras incompatíveis com o sistema de Direito Constitucional” (Peña apud Ferraz, 2003, p.98).

Importante ressaltar que as regras constitucionais são classificadas de três formas, sendo primeiro sob o prisma da realização do fato descrito no antecedente normativo, segundo sob o prisma da individualização do sujeito cuja conduta é regulada pelo conseqüente normativo e por fim a terceira forma que é tendo em vista o objeto imediato da regra jurídica.

Pena expõe quanto a primeira classificação, a da realização do fato descrito no antecedente normativo que:

“As regras constitucionais são subclassificadas em abstratas e concretas. As regras constitucionais abstratas são cujo antecedente descreve um fato de possível ocorrência no futuro, como, por exemplo a inscrita no art. 15 da CRFB. As regras constitucionais concretas são as cujo antecedente descreve um fato já ocorrido no passado, como por exemplo, a insculpida no art. 9º do ADCT.” (Pena, 2003, p.98).

E quanto a individualização do sujeito cuja conduta é regulada pelo conseqüente normativo, diz:

“As regras constitucionais são subclassificadas em gerais e individuais. As regras constitucionais gerais são as cujo conseqüente prescreve a conduta de pessoas indeterminadas, como, por exemplo, a inserida no art. 5º, inc. XIII da CRFB. As regras constitucionais individuais são as cujo conseqüente prescreve a conduta de pessoas individualizadas, como por exemplo, a inserta no art. 8º, § 3º do ADCT.” (Pena, 2003, p.98).

Finalmente, tendo em vista o objeto imediato da regra jurídica, dispõe o autor:

“As regras constitucionais são dirigidas à regulação da estrutura ou conduta. As regras constitucionais de estrutura são as cujo objeto imediato é a regulação do modo pelo qual outra regra jurídica é criada, modificada ou extinta, como por exemplo, as veiculadas pelos arts. 18, § 3º e 69, ambos da CRFB. As regras constitucionais de conduta são as cujo objeto imediato é a regulação de comportamentos interpessoais, modalizados deonticamente como obrigatórios, proibidos ou permitidos, como, por exemplo, as verbalizadas pelos arts. 13, § 5º e 14, § 3º do ADCT.” (Pena, 2003, p.99).

Há que se ressaltar que no direito brasileiro predominam as regras de estrutura, abstratas ou gerais, em detrimento das regras de conduta, concretas ou individuais, pois na hierarquia do direito posto, há forte tendência de que as regras de estrutura, abstratas ou gerais se encontrem em patamar mais elevado, surgindo às regras de conduta, concretas ou individuais, à medida que o direito vai se positivando, com vistas à regulação efetiva das condutas interpessoais. “E nessa sucessão de regras jurídicas, baixando incisivamente para o plano das condutas efetivas, que chamamos de ‘positivação do direito’”. (Pena apud Carvalho, 2003, p.99).

2.1.2 Princípios Constitucionais

Seguindo os ensinamentos do doutrinador Peña, este define princípios da seguinte forma:

“Os princípios constitucionais são extraídos de enunciados normativos, com elevado grau de abstração e generalidade, que prevêm os valores que informam a ordem jurídica, com a finalidade de informar as atividades produtivas, interpretativa e aplicativa das regras, de sorte que eventual colisão é removida na dimensão de peso, ao teor do critério da ponderação, com a prevalência de algum princípio concorrente”. (Pena apud Larenz, Canaris e Esser, 2003, p.99).

Conforme ensina o professor Peña, os princípios constitucionais são providos de duas modalidades principais de eficácia jurídica quais sejam a negativa e a positiva. Na negativa os princípios impedem que sejam praticados atos ou produzidas normas contrárias aos seus propósitos. Já na positiva os princípios autorizam que sejam exigidas prestações que compõe seu conteúdo essencial perante o Poder judiciário, com o escopo de realizar aquilo que a “norma pretende no mundo do dever ser, que não tenha sido produzido no mundo do ser”. (Pena, 2003, p.100).

Há que se verificar também que os princípios são revestidos de nove características, sendo, a abertura, pluralidade, unidade, equilíbrio, hierarquia, polaridade, analogia, historicidade e interdisciplinaridade, todas estas características definidas pelo doutrinador, da seguinte forma:

“Abertura, porque os princípios conformam um sistema axiológico (axiologis system), e não um sistema axiomático (axiomatischen System), dedicado a viabilizar a concretização dos valores a que se vinculam, por intermédio de diferentes mediações dos intérpretes e aplicadores do Direito Constitucional.

Pluralidade, porque os princípios estão dispersos pelo texto constitucional, pelo que são explicitados ou extraídos da Constituição.

Unidade, porque os princípios dispõem de ordem sistêmica e coerência interna, sem embargo da possibilidade de concorrência, solucionada pelo método da ponderação, para que seja obtida a harmonização entre eles.

Equilíbrio, porque os princípios são reciprocamente implicados, sem a preponderância de uns sobre outros.

Hierarquia, porque malgrado não exista hierarquia normativa entre regras e princípios, eis que o gênero normas comporta as duas espécies, existe hierarquia axiológica entre elas, já que as primeiras são informadas por valores distintos, no processo de densificação dos segundos.

Polaridade, porque os princípios são revisitados a partir de sua própria contrariedade.

Analogia, porque os princípios são revelados por dedução, com espeque em valores, ou indução, com esteio em regras constitucionais.

Historicidade, porque os princípios são duradouros, sendo o contingente formado por proposições dirigidas ao estudo dos princípios constitucionais.

Interdisciplinariedade, porque os princípios não são objeto exclusivo da Ciência do Direito Constitucional." (Peña, 2003, p.100/101).

E por fim, deve-se verificar os princípios considerando o valor da dignidade da pessoa humana, os princípios constitucionais são classificados e divididos em três espécies, ou seja, princípios fundamentais, gerais e setoriais ou especiais.

Os princípios fundamentais segundo o professor Peña são a síntese das normas constitucionais, que a eles pode ser direta ou indiretamente reconduzidas, com o objetivo de conduzir o Estado. (Peña, 2003, p.102).

No entanto os princípios gerais são o desdobramento dos fundamentais, que são irradiados pelo ordenamento constitucional, com a finalidade precípua de limitar o poder imanente do Estado. (Peña, 2003, p.103).

E os princípios constitucionais setoriais informam um complexo de normas constitucionais afetas a um determinado ramo do Direito Positivo, como por exemplo os princípios do direito administrativo, do direito civil, do direito comercial e todos os demais ramos existentes no ordenamento pátrio. (Peña, 2003, p.106).

Importante ressaltar que os princípios são expressões normatizadas de valores e que, pela positivação ingressam no mundo jurídico.

Comenta o ilustre doutrinador Fabio Correa Souza de Oliveira, que os juristas de grande renome vêm configurando a jurisprudência dos princípios como uma jurisprudência dos valores ou a ponderação dos princípios como uma ponderação de valores, devendo compreender que tais atitudes reforçam a compreensão da constituição como um sistema normativo axiológico-teleológico aberto de princípios regras e procedimentos. (Oliveira, 2003, p.44).

2.2 CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

As constituições em seu texto apresentam diversos artigos que visam a regulamentação do sistema econômico nacional, sendo esses os ditames que vão direcionar a política econômica do país a que são aplicados.

Vislumbra-se neste momento a importância da política econômica, e por conseguinte da empresa, por ser parte preponderante da economia de qualquer país.

Há que se verificar que nas constituições brasileiras de 1824 e 1891, não se tinha um capítulo destinado a regular a ordem econômica, porém com a vinda da Constituição de 1934 incluiu-se o capítulo da “Ordem Econômica e Social”.

Explica o doutrinador André Ramos Tavares sobre o conceito formal de Constituição Econômica:

Pode-se considerar a Constituição econômica como a parcela da constituição que abriga e interpreta o sistema econômico que, na sua essência, é capitalista. A Constituição econômica formal brasileira

consubstancia-se na parte da Constituição Federal que contém os direitos que legitima a atuação dos sujeitos econômicos, o conteúdo e limites desses direitos e a responsabilidade que são inerentes ao exercício da atividade econômica no país, (Taveres, 2003, p.81).

Portanto, pode-se definir a Constituição Econômica como um conjunto de regras e normas que vão estabelecer os princípios que norteiam o sistema econômico financeiro de um país.

2.3 A ORDEM ECONÔMICA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Como ordem econômica entende-se todas as regras e princípios que disciplinam a propriedade privada – capital produtivo.

A Constituição do Império no Brasil, outorgada em 1824 surgiu com as inspirações do modelo francês e inglês do século XIX, em que se tinha a proteção do Estado, tendo como base a formação de um Estado Liberal.

Outrossim, foi com a Constituição de 1891 que o Brasil iniciou-se como Estado Republicano, porém, mantendo o mesmo tratamento quanto a proteção da propriedade por parte do Estado.

Contudo, o interesse ao que se refere ao fim social da propriedade tornou-se tema de grande relevância, pois se começa a pensar sobre o domínio do Estado sobre a propriedade, sendo esta a ideologia para a construção de uma sociedade justa e que vise à distribuição do capital.

Frise-se que os fundamentos econômicos sociais surgiram no início do século XX, com a Constituição Mexicana de 1917, e com a Constituição de Weimar de 1919. São estas constituições que vão estabelecer regras que buscam o fim social da propriedade.

Após a primeira guerra mundial as constituições passaram a regulamentar não apenas os aspectos da organização política do Estado, mas se preocuparam também com a organização social e econômica deste.

Entretanto, foi a Constituição de 1934, a primeira constituição brasileira a tratar do matéria, onde se inseriu em um capítulo a temática da “Ordem Econômica e Social”, a qual foi inspirada na Constituição de Weimar.

Tal abordagem foi seguida pelas demais constituições brasileiras, ou seja, as constituições de 1937, 1946, 1967 e de 1988.

No Brasil, a consolidação da função social da propriedade provém da Constituição de 1988, a qual vem para privilegiar a função social da propriedade e juntamente a função social da empresa que se encontra implícita no princípio mencionado, para fim de preservar o interesse da coletividade.

Portanto, nota-se que ao elevar a ordem econômica ao “status” de mantenedora de princípios constitucionais, onde verifica-se a função social da propriedade com o firme intuito de perseguir a “justiça social”, também há que se observar que a empresa figura presente na ordem econômica também se sujeita a seu papel social cumprindo a sua função de prioritariamente garantir a “dignidade da pessoa humana”.

2.4 CONSTITUIÇÕES ECONÔMICAS BRASILEIRAS

As Constituições Brasileiras, em constante evolução, vieram se adequando as necessidades sociais de cada época, pode-se traçar três períodos distintos das referidas constituições.

Num primeiro momento tem-se a Constituição do Império, a qual visava somente interesses do imperador , mas que já tinha em seu bojo a proteção da propriedade trazida em seu artigo 179, “caput”, inciso XXII.

Neste período, o poder sobre a propriedade era exercido de forma absoluta, não se atendendo a fim social algum da propriedade.

O segundo período é marcado pela Constituição de 1891, com o início da fase republicana brasileira, com interferência do sistema Norte Americano, sendo a propriedade tratada de forma inviolável. É neste período que o trabalho escravo é substituído pelo trabalho de imigrantes, os quais começam a reivindicar seus direitos.

No terceiro período tem-se a Constituição de 1934, esta inspirada na Constituição de Weimar, a qual trouxe a novidade de um capítulo tratando da “Ordem Econômica e Social”, sendo tal novidade repetida pelas demais constituições que a sucederam.

Por se tratar de tema de suma relevância, não pode ser ignorado neste momento, cabendo análise própria.

2.4.1 Constituição de 1934

A Constituição de 1934 já em seu preâmbulo ilustrava “Nós os representantes do Povo Brasileiro, pondo nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social econômico”.

Em seu artigo 115, a Constituição de 1934 trazia como princípio fundamental a necessidade da vida nacional e a justiça social, com a seguinte redação, “A ordem

econômica deve ser organizada de acordo conforme os princípios da justiça e necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos, existência digna. Dentro desses limites é garantida a liberdade econômica”.

Conclui-se desta forma que a nova ordem constitucional ficaria entre o capitalismo liberal e o intervencionismo do Estado, sendo este instrumento do neoliberalismo.

Logo, se visualiza que mesmo tendo a presente constituição optado claramente pelo modelo capitalista, não deixou de lado a questão social, mostrando a evolução com maior preocupação ao o interesse de todos, ou seja, há uma subordinação de interesses econômico-financeiros aos interesses coletivos.

2.4.2 Constituição de 1937

Com a Constituição de 1937, se instituiu o Estado Novo, mantendo a política governamental contemplada na carta de 1934, carta esta de cunho autoritarista conhecida como a Constituição “Polaca”. É neste período que surge a Consolidação das Leis do Trabalho, trazendo uma proteção formal à classe trabalhadora.

Apesar de manter em seu texto as conquistas econômico-sociais da Constituição de 1934, uma política diferenciada foi aplicada direcionada ao bem público, à riqueza e a propriedade nacional.

Portanto, o bem público, bem como as necessidades do Estado estavam acima da liberdade de iniciativa, uma vez que o Estado intervia no domínio econômico para garantir o desenvolvimento da economia. (Nicz, 1981, p. 74)

Este diploma legal, com amplos poderes de intervenção do Estado no domínio econômico ensejou em inspirações à retomada da democracia.

2.4.3 Constituição de 1946

Após a segunda guerra mundial com a derrota dos Estados nazi-fascistas, clamou-se pela extinção desse sistema e a retomada da democracia. Ainda, se tinha um excesso de emendas constitucionais, atos institucionais, leis complementares, decretos-lei que impulsionaram a consolidação de uma nova Constituição.

Assim, na Constituição de 1946 tem-se uma restauração da ordem econômica que tinha sido criada na Constituição de 1934, visto que o poder do presidente não estava mais sobreposto aos demais poderes.

No seu artigo 145, esta Constituição estabelecia que a ordem econômica deveria ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

Importante ressaltar que este dispositivo sofreu várias críticas dos doutrinadores, pela sua redação segundo estes imprecisa, por não ter uma aplicabilidade efetiva, em razão de ter se colocado lado à lado os princípios da livre iniciativa com a valorização do trabalho humano, sendo neste caso a livre iniciativa limitada pelo homem.

Portanto, o Estado poderia intervir na ordem econômica desde que, fosse esta com base no interesse público e nos direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.

Quanto à propriedade privada esta ficou subordinada ao bem estar social, ou seja, intimamente ligado a todos os princípios constitucionais que por fim se resumem em um único, que é o princípio da Dignidade da pessoa humana.

2.4.4 Constituição de 1967

A consolidação da lei constitucional, com o fim de incluir em um só diploma as emendas constitucionais do período anterior era imprescindível, para que a lei se adequasse à realidade social presente.

O novo diploma legal privilegiou o princípio do desenvolvimento nacional e da justiça social para assegurar vida humana digna, tendo este retomada a intenção de diminuir as desigualdades sociais, onde a ordem econômica estava nitidamente voltada para o desenvolvimento do país.

Tal diploma teve influência direta das Encíclicas Papais “Mater et Magistra” de João XXIII, e “Populorum Progressio”, doutrinas estas intituladas pela igreja, onde buscou-se o desenvolvimento econômico como instrumento garantidor da dignidade da pessoa humana.

Neste momento, a propriedade privada era assegurada ao particular, sendo que o Estado poderia desapropriar por necessidade ou utilidade pública ou ainda interesse social, mediante indenização.

Contudo, com a Emenda Constitucional nº 1/1969 o direito de propriedade foi instituído no título inerente a Ordem Econômica e Social, tendo este direito reservado no artigo 160 do texto constitucional, o qual trazia em seu bojo os princípios da liberdade de iniciativa, a valorização do trabalho humano como condição de dignidade humana, a função social da propriedade, harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção, repressão ao abuso do poder econômico caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros e para finalizar a expansão das oportunidades de emprego produtivo.

A liberdade de iniciativa estava subordinada ao desenvolvimento nacional, primando pela realização do desenvolvimento nacional e a justiça social como fundamentos para a construção da ordem econômica.

2.4.5 Constituição de 1988

O tratamento dado à Ordem Econômica e a propriedade privada na Constituição de 1988, é programático, sendo que dispõe de normas e regras gerais, onde o legislador ordinário vai interpretá-las e aplicá-las ao caso concreto.

É sem sombra de dúvidas um diploma aberto que possibilita a interpretação ao caso concreto, pois foram criados princípios de suma importância que devem ser observados quanto a aplicação da lei.

Nos termos do título VII – Da Ordem Econômica e financeira, no artigo 170 desta Constituição, se tem como fundamento a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa como garantidores da dignidade da pessoa humana.

Assim, verifica-se que como ditame para a ordem econômica tem-se a justiça social.

Logo, a livre concorrência é uma forma adotada para que o particular desenvolva suas atividades econômicas e não sofra concorrência com empresas públicas.

Ademais, a propriedade privada deve atender à sua função social. Portanto, a empresa como geradora de riquezas deve desempenhar suas atividades não visando somente os lucros a esta advindos, mas sim entender a importância que tem no quadro econômico nacional ao promover a valorização do trabalho humano e consequentemente garantir a dignidade da pessoa humana.

2.5 O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA.

Como fartamente exposto, vislumbra-se que, com a evolução da sociedade, houve a conseqüente evolução das leis que servem de balizadores para uma sociedade regada em busca da justiça social e da dignidade da pessoa humana.

Há que se analisar que a Constituição com o passar dos tempos veio em busca de aprimoramento e em se tratando da temática proposta, ou seja, a ordem econômica houve uma significativa mudança com um progresso a muito esperado.

A empresa é a principal protagonista da ordem econômica nacional, e pode ser assim considerada por ser a responsável pelo cumprimento de quase todos os princípios elencados no artigo 170 da Constituição de 1988, senão vejamos:

Art. 170. A Ordem Econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando 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;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenha sua sede a administração no Brasil.

Portanto, ao se deparar com os princípios acima mencionados verifica-se que a empresa participa de praticamente todas as relações onde se possibilitaria a aplicação efetiva dos referidos.

A empresa atua diretamente em razão da livre concorrência, pois a exerce, como também é exigido que desempenhe suas atividades com a observância de sua função social que se confunde com a função social da propriedade, aplicando a busca pelo pleno emprego a pretexto da redução das desigualdades sociais e regionais, e é claro tendo um direito dentre os demais deveres que é o tratamento favorecido quando for empresa de pequeno porte com sede no Brasil.

Há que se observar também que, as leis que tratam diretamente das empresas, apesar da evolução das Constituições Brasileiras, se modificaram de forma mais morosa, como pôde se observar no Capítulo I deste trabalho.

Assim, não obstante de estarmos a tempo na vigência da Constituição Federal de 1988, a qual traz os princípios supra-elencados, a Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7661/45), que é a lei que tratava diretamente da empresa, continuava a vigor, apesar de ser contrária a vários dos mencionados princípios, pois sabe-se que o referido instituto era utilizado com a simples finalidade de se fazer execução forçada, ou seja, como uma ação de cobrança peculiar, intitulada de outra forma.

Ademais, mesmo havendo certos remédios, como as concordatas preventiva e suspensiva, as mesmas não se prestavam à finalidade a que se propunham, pois infelizmente na maioria das vezes não conseguiam salvar a empresa da falência.

Conseqüentemente, com a falência como é que poderia a empresa cumprir com seu papel social que mesmo que implícito possui uma enorme importância?

Em resposta a questão, veio para aplacar os anseios sociais a Lei nº 11.101/2005, a qual trouxe em seu cerne o instituto da “Recuperação Judicial da Empresa”, instituto este que chegou para fazer com que a empresa tenha e exerça sua função social.

Este instituto advém da evolução constitucional que simplesmente foi observada pelo legislador, e também tem influências de países com desenvolvimento mais avançado, pois o intuito do legislador ao fazer esta lei foi o de suprir da melhor forma as necessidades econômico-sociais, sabendo que o país atua no mercado de uma economia globalizada, sendo agente de relações externas e internas.

Importante ponderar sobre o disposto no artigo 47 da Lei nº 11.101/2005, artigo este inserido no capítulo III que trata “Da Recuperação Judicial”, para entender a efetiva constitucionalização desta lei.

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

Segundo Toledo, Abrão, Biolchi, Lobo, Tepedino e outros, em leitura ao artigo retro mencionado verifica-se que este teve como base os princípios constitucionais, pois dispõe diretamente sobre a conservação e função social da empresa, juntamente com a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho e com a segurança jurídica e a efetividade do direito. (Toledo. Abrão. 2005, p. 110).

Estes doutrinadores apresentam em seus estudos um quadro de fins e princípios correlatos a este artigo. Na realização da finalidade de salvar a empresa aplica-se o princípio da função social da empresa, na de manter os empregos o

princípio da dignidade da pessoa humana, e para se garantir os créditos o princípio da segurança jurídica. (Toledo. Abrão, 2005, p. 111).

Porém, há que se elevar o princípio da dignidade da pessoa humana, pois com certeza os demais estão em função deste, pois a garantia da função social da empresa é para que esta continue propiciando trabalho e impostos para que a ordem econômica seja garantida e o país possa propiciar melhores condições ao povo, ou seja, dignidade às pessoas destes.

No que se refere ao princípio da segurança jurídica através de se garantir os créditos, observa-se que o foco deste princípio é o crescimento econômico nacional e o regramento quanto à conduta de credores e devedores, no entanto, deve haver o sacrifício de tal princípio em busca de um bem maior, que seria no caso, a manutenção dos postos de trabalho para garantia da dignidade da pessoa humana.

Deste modo, verifica-se que ao passar a nova lei de falências pela filtragem constitucional, através dos princípios da ordem econômica, veio a dar um tratamento digno a importância que possui a empresa no contexto nacional, principalmente com a inclusão do instituto da “Recuperação Judicial da Empresa” para desta forma garantir o pleno emprego e, mormente a dignidade da pessoa humana.

2.5.1 Definição da Recuperação Judicial da Empresa

A recuperação judicial, como já dito, vem para substituir a concordata na nova lei, tendo a mesma por finalidade a recuperação econômica da empresa, considerando sua função social.

Ronconi observa que a Recuperação da Empresa consiste na situação de reorganizá-la a partir da dificuldade financeira que apresenta muitas vezes seguida

de uma má administração por parte dos órgãos gerenciais que a conduzem. Esta reorganização visa não somente restabelecer uma situação de equilíbrio no mercado por parte da empresa que se encontra em processo de recuperação, mas antes de qualquer coisa, atender à função social que exerce no seio da sociedade, mantendo-se empregos, saldando débitos com os fornecedores de matéria-prima, cumprindo o prazo de entrega dos produtos, não dando margem a hipóteses de descumprimento das obrigações que possam originar cadeias de inadimplemento por parte das pessoas que dependam, direta ou indiretamente, de sua economia. (Ronconi, 2002, p. 106).

Já para Machado, o legislador cuidou de trazer a definição da recuperação judicial, uma espécie de recuperação de empresa, como a possibilidade que tem o devedor de superar a situação de crise econômico-financeira, 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. (Machado, 2005, p.80).

Discorrendo sobre a recuperação da empresa Machado tem como premissa maior do instituto a reestruturação da empresa que se encontra em situação difícil, mas não irremediável, através da elaboração de um plano de recuperação aprovado por uma assembléia de credores. Portanto, a lei confere relevância à função social da empresa e às circunstâncias de produção e trabalho, por fim, apresenta grande preocupação com o crédito, que é a pilastra da economia hodierna. (Machado, 2005, p. 80/81).

Para Toledo e Abrão, a recuperação judicial é o instituto jurídico, fundado na ética da solidariedade, que visa sanear o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária com a finalidade de preservar os negócios

sociais e estimular a atividade empresarial, garantir a continuidade do emprego e fomentar o trabalho humano, assegurando a satisfação mesmo que parcial, dos direitos e interesses dos credores e impulsionar a economia creditícia, mediante a apresentação, nos autos da ação de recuperação judicial, de um plano de reerguimento, o qual, aprovado pelos credores, expressa ou tacitamente, homologado pelo juízo, implica novação de créditos anteriores ao ajuizamento da demanda e obriga a todos os credores a ela sujeitos, inclusive os ausentes, os dissidentes e os que se abstiveram de participar das deliberações da assembléia geral. (Toledo. Abrão, 2005, p. 104/105).

Assim, pode-se verificar que a definição de recuperação judicial da empresa, independente do autor que a faz, sempre recai no ponto da reestruturação da empresa observando primeiramente a sua função social para que assim continue como garantidora do pleno emprego, para daí assegurar os créditos.

Conseqüentemente, a função social da empresa engloba todos seus deveres como participadora e fomentadora da economia nacional, para que a partir da sua existência sejam aplicados os demais princípios elencados no título da Ordem Econômica na Constituição da Republica Federativa do Brasil.

CAPÍTULO III

FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

3.1 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

A função da propriedade no Estado Contemporâneo é caracterizada pela intervenção deste, que age para garantir as iguais oportunidades aos seus cidadãos nos âmbitos econômico e sócio-cultural, como explicita Ronconi. (Ronconi, 2002, p. 50).

Já Cruz, citado por Ronconi, refere-se ao Estado Contemporâneo Democrático, “como que intervém nos domínios econômicos, social e cultural, obedecidos os parâmetros mínimos de cidadania, política, justiça, representatividade, legalidade e legitimidade.” (Ronconi, 2002, p. 50).

A importância de se estudar este tema é que a função social da empresa tem sua origem na função social da propriedade.

Para entender a função social da propriedade é necessário explicar brevemente a origem da propriedade.

A propriedade, para Ronconi, possui uma gênese jusnaturalista (jus naturale – direito natural), pois as comunidades primitivas desconheciam a propriedade privada, mas tinham conhecimento de propriedade coletiva; tanto bens móveis como imóveis pertenciam a todos. (Ronconi, 2002, p. 51).

Assim, ao se estabelecer a necessidade de o grupo ser governado por um representante da sua comunidade, surge, ao mesmo tempo, a figura da propriedade

privada. Esta surge primeiramente em relação aos bens móveis e, apenas posteriormente, alcança os bens imóveis.

O autor explica que o absolutismo da propriedade privada veio a se estabelecer com o código de Napoleão, época em que a propriedade foi descrita como “o direito de gozar e de dispor das coisas da maneira mais absoluta”. (Ronconi, 2002, p. 52).

Igualmente, expõe o autor que, a questão do abuso da propriedade é vedada por princípios constitucionais, isto é, de ordem pública, devendo o proprietário usá-la de forma correta, útil e lícita. Se não vier a cumprir estes requisitos, perderá a propriedade, razão do ideal de sua função social. (Ronconi, 2002, p. 52)

A função social da propriedade e o direito à mesma estão dispostos no artigo 5º, incisos XXII e XXIII, da Constituição Federal:

Art. 5º [...]

XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá sua função social;

Desse modo o direito de propriedade sofre as restrições advindas do direito positivado, isto é, do ordenamento jurídico e dos princípios que visam garantir o respeito ao interesse coletivo, que presam pelo bem estar do povo. Desta forma, o direito de propriedade não consiste mais em um direito absoluto, e sim em um direito coletivo.

Pode-se concluir que, para fins do Direito Falimentar (Direito este que mescla entre princípios de ordem pública e privada), os bens que fazem parte do acervo de uma empresa que esteja em situação econômica deficitária devem ser amplamente protegidos pelo Estado, não unicamente, pelo proprietário direto dos bens, ou seja, daquele que os adquiriu. O interesse na manutenção e conservação de tais bens, se estende, no caso, a uma gama de indivíduos que pretendem que seus direitos de crédito e mesmo de trabalho (direito social garantido pelo artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual se reflete no sucesso de outros

direitos sociais, como a saúde, a moradia, lazer, previdência e assistência aos desamparados, segurança, etc.) sejam amplamente assegurados a todo cidadão. (Ronconi, 2002, p. 54).

Pode-se observar então, que a função social da propriedade abranda o uso, gozo e disposição de todos os bens e/ou direitos do cidadão. Desta forma, Ronconi, formula o seguinte conceito à Função Social da Empresa:

Consiste na utilização, gozo ou disposição de bens e/ou direitos de alguém, afastando-se interesses eminentemente privatísticos prejudiciais em detrimento do benefício maior de uma coletividade, de forma que, para haver tal equilíbrio, o Estado limitará e/ou estabelecerá regras à sua utilização na conformidade do benefício comunitário. (Ronconi, 2002, p. 54).

Diante do exposto, o autor analisa o Estado, de uma forma não paternalista, mas de modo a direcionar o interesse e benefício social.

Segundo os ensinamentos de Bastos, a função social da propriedade, em razão de a propriedade ter se tornado anteparo constitucional entre domínio privado e público, residindo neste ponto a essência da proteção constitucional: “é impedir que o Estado evite a apropriação particular dos bens econômicos, ou já tendo ocorrido, a sacrifique mediante processo de confisco”. (Bastos, 1999, p. 208).

O mesmo autor leciona que, no nosso sistema constitucional, a propriedade está simultaneamente vinculada ao regime de liberdades pessoais, como também à ordem econômica, onde figura a coletividade. Isto ocorre porque a nossa Carta Magna é um documento eminentemente consagrador do liberal capitalismo, e que a propriedade privada em neste sistema, tanto colabora para a expressão da individualidade, quanto incide sobre meios de produção e bens e consumo. (Bastos, 1999, p. 208).

Nesta mesma linha de raciocínio, Bastos explica que ao dar independência à proteção de propriedade, a torna objeto de um inciso próprio e exclusivo no texto

constitucional, repelindo, desta forma a coletivização estatal. Assim, fica evidente que a propriedade é assegurada quando atende à uma função social.

Como direito fundamental, a propriedade não poderia deixar de compatibilizar-se com a sua destinação social, pois é evidente que mesmo o mais absoluto dos direitos, acaba por submeter-se à necessidade de harmonizar-se com os fins legítimos da sociedade. E mesmo aqueles que nada prescrevem sobre sua destinação social, vão encontrar limites no exercício de outros direitos individuais.

“A chamada função social da propriedade nada mais é do que o conjunto de normas da constituição que visa, por vezes até com medidas de grande gravidade jurídica, a recolocar a propriedade na sua trilha normal” (Bastos, 1999, p. 210).

É importante fazer a diferenciação de domínio público e privado, já que são termos bastante utilizados por Bastos.

“Como domínio público entende-se a soma de bens pertencentes às entidades jurídicas de Direito Público, como a União, Estados e Municípios, que se destinam ao uso comum do povo ou os de uso especial, mas considerados improdutivos.” (Silva, 2001, p. 290).

E domínio privado “é o atribuído às pessoas, consideradas como entidades físicas ou entidades jurídicas de direito privado. Opõe-se assim ao domínio público.” (Silva, 2001, p. 290).

3.2 TEORIA DA EMPRESA

No que se refere à empresa, antes de conceituá-la, deve-se salientar a grande importância da mesma, sendo fundamental a melhoria das condições econômicas e sociais da sociedade brasileira.

A importância social da empresa é destaque a bastante tempo, como pode observar no famoso texto de Saint-Simon, onde:

Imagina o súbito desaparecimento dos cem melhores generais, dos cem melhores diplomatas, dos cem melhores estadistas, etc. Que aconteceria? Nada; a sociedade continuaria a funcionar mais ou menos do mesmo modo. Suponhamos, agora, que desapareceram os cem melhores engenheiros, banqueiros, empresários: todo o funcionamento da sociedade ficaria paralisado. O objeto dessa imagem é determinar a oposição entre dois tipos de sociedade: de um lado, uma sociedade essencialmente política e hierárquica, ou segundo outra terminologia, uma sociedade militar; de outro lado, uma sociedade essencialmente econômica ou industrial, onde os capitães da indústria, os cientistas, os engenheiros, os técnicos, são responsáveis pela organização coletiva. (Saint-Simon, apud, Lobo, 1993, p. 13).

3.2.1 Noção Econômica e Jurídica da Empresa

3.2.1.1 Noção Econômica de Empresa

Acentua Ferri, que a empresa é um organismo econômico e se assenta sobre uma organização fundada em princípios e leis econômicas. “Apresenta-se como uma combinação de elementos pessoais e reais, colocados em função de um resultado econômico, e realizados em vista de um instinto especulativo da pessoa do empresário.” (Ferri, apud, Requião, 1998, p. 50).

3.2.1.2 Noção Jurídica de Empresa

Requião discorre sobre o conceito econômico para formular a noção jurídica de empresa. (Requião, 1998, p. 50).

O professor Ferri lembra dos ângulos mais expressivos da empresa pelos quais se interessa o direito. (Ferri apud Requião, 1998, p. 51).

a) a empresa como expressão da atividade do empresário. A atividade do empresário está sujeita a normas precisas, que subordinam o exercício da empresa a determinadas condições ou pressupostos, ou o titulam com particulares garantias. São as disposições legais que se referem à empresa comercial, como o seu registro e condições de funcionamento.

b) a empresa como idéia criadora, a que a lei concede tutela. São as normas legais de repressão à concorrência desleal, proteção à propriedade imaterial (nomes comerciais, marcas, patentes, etc)

c) como um complexo de bens, que forma o estabelecimento comercial regulando a sua proteção (ponto comercial), e a transferência de sua propriedade.

d) as relações com os dependentes, segundo os princípios hierárquicos e disciplinares nas relações de emprego, matéria que hoje se desvinculou do direito comercial para se integrar no direito do trabalho. (Ferri apud Requião, 1998, p. 50).

Portanto, segundo ensinamentos de Ferri, no ângulo do direito comercial, empresa na acepção jurídica, significa uma atividade exercida pelo empresário. (Ferri, apud, Requião, 1998, p. 51).

3.2.2 Conceito Jurídico de Empresa No Direito Brasileiro

O regulamento nº 737 de 1850 em seu artigo 19, ao enumerar os atos de comércio, incluiu as empresas, dando início, no campo de direito comercial pátrio, aos trabalhos de sua conceituação. (Requião, 2007, p. 56).

Para Requião, o legislador, ao incluir as empresas entre os atos, como figurativas ou componentes de mercancia, usou da expressão, como repetição de atos praticados a título profissional. (Requião, 2007, p. 56).

Inglez de Souza conceitua: “Por empresa devemos entender uma repetição de atos, uma organização de serviços, em que se explore o trabalho alheio, material

ou intelectual. A intromissão se dá, aqui, entre o produtor do trabalho e o consumidor do resultado desse trabalho, com o intuito de lucro”. (Souza, apud, Requião, 2007, p. 56).

Este conceito de empresa não mais serve à doutrina moderna.

J.X Carvalho de Mendonça, inspirado em Vivante, conceituou a empresa como:

‘A organização técnico-econômica que se propõe a produzir a combinação de diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com esperança de realização de lucros, correndo riscos por conta de empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob sua responsabilidade.’ (Mendonça, apud, Requião, 2007, p. 57).

Para este autor, o conceito econômico é o mesmo que o jurídico, diferentemente de alguns autores que o distinguem. E explica que, a empresa que se apresenta com caráter mercantil, é assim considerada pelo direito comercial. Desse modo, o empresário que dirige e organiza a empresa acaba realizando, como todo comerciante, uma função de mediação, interagindo entre a massa de energia produtora (máquinas, operários, capitais) e os consumidores, concorrendo, destarte, para a circulação de riqueza. Entendendo o autor como pressupostos da empresa, os seguintes elementos: “a) uma série de negócios do mesmo gênero de caráter mercantil; b) o emprego de trabalho ou capital de ambos combinados; c) a assunção do risco próprio da organização.” (Mendonça apud Requião, 2007, p. 57).

No que se refere à pesquisa a formulação do conceito de empresa, tal é o interesse dos meios jurídicos nacionais, que a matéria aflorou em debates, como por exemplo, nos debates do II Congresso Jurídico nacional em São Paulo. Neste Congresso, o Professor Francisco Campos exteriorizou o pensamento de que na economia brasileira, constituída principalmente de pequenas empresas, em que

predomina a pessoa do empresário, isto é a figura abstrata da empresa não é vista. A organização técnica e a despersonalização da atividade econômica são elementos fundamentais ao conceito da empresa. Mas o mesmo reconhece que com a tendência de predominarem grandes organizações despersonalizadas, na vida econômica devem-se forjar outros conceitos em substituição àqueles que vigoravam na época individualista e liberal do direito comercial, destinado o conceito da empresa a ter um grande futuro. (Campos, apud, Requião, 2007, p. 57/58).

A Lei nº. 4.137/62, hoje revogada e substituída pela Lei nº. 8.884/94, formulou um conceito legal, onde, “considera-se empresa toda organização de natureza civil ou mercantil destinada à exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade de fins lucrativos.” (Requião, 2007, p. 58).

Não teve, como se vê, o legislador constrangimento de definir a empresa, em sentido objetivo. Já a comissão de professores que elaborou o Projeto do Código Civil se deixou dominar pela timidez e perplexidade dos juristas italianos de 1942, e evitou definir a empresa. Adotou o mesmo critério do Código Italiano, conceituando apenas o empresário. E empresário, para o projeto, é quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços. (Requião, 2007, p. 58).

Rubens Requião, apoiado na doutrina de Brunetti, diz que é preciso compreender que a empresa, como entidade jurídica, é uma abstração, porque no fundo, ela não passa do exercício de uma atividade produtiva, e se do exercício de uma atividade produtiva só se tem uma noção abstrata, a empresa nada mais é do que uma abstração. (Requião, 2007, p. 59/60).

3.3 DEFINIÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Os deveres e responsabilidades sociais, decorrentes da função social da empresa, segundo Nelson Nones, têm sido, nos últimos anos, objeto de muitos debates, mas não suficientes no âmbito jurídico nacional, como se pode verificar pela parca bibliografia existente acerca do assunto. (Nones, 2002, p.116).

Tem-se como ponto de vista inicial que, a partir da evolução do direito e da economia no decorrer do século XX, conjugada a uma multiplicidade de demandas sociais, por via de consequência, também surgiu um novo direito empresarial. Esse direito tem implicações com as novas e conseqüentes posturas da empresa que, em sua atuação, deve tanto buscar o lucro quanto cumprir com seus deveres e responsabilidades sociais. (Nones, 2002, p. 116).

Maria Helena Diniz, na sua obra, conceitua função social da empresa como sendo “Exercício pelo administrador da sociedade por ações das distribuições legais e estatutárias para a consecução dos fins e do interesse da companhia, usando de seu poder de modo a atingir a satisfação das exigências do bem comum.” (Diniz, 1998, p. 613, v 2)

A função social da empresa é inserida, como ensina Jorge Lobo:

Como um dos aspectos de maior relevância das tendências contemporâneas do Direito Concursal, pois que a empresa possui uma função social a cumprir, bem como tendo ‘deveres e responsabilidades para com os seus acionistas, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender’ (Lobo, apud, Ronconi, 2002, p. 61).

Uma vez constituída, a Empresa pode alcançar e atender várias necessidades sociais, mostrando a utilidade que possui, pelos serviços que presta à sociedade, na organização de alguns setores sociais, como, por exemplo o

disciplinamento urbano. Provocando, desta forma, um crescente relacionamento, marcado por vantagens econômicas e tuteladas pela ordem jurídica. (Ronconi, 2002, p. 62).

Ensina Fábio Konder Comparato que:

A empresa consiste numa instituição que melhor define a civilização contemporânea, haja vista sua evolução transformadora e reflexa em vários aspectos da sociedade, sendo que das empresas é que origina grande parte dos bens e serviços consumidos pelo povo. Das receitas fiscais do Estado e é em torno delas que circulam muitos agentes econômicos não assalariados (investidores de capital, fornecedores, prestadores de serviços). Além disso, a relevância social da Empresa possui outras influências, como a projeção turística e econômica do município na qual está inserida, na própria história destas comunidades, fazendo parte, assim, de um complexo de interferências fundamentais para o desenvolvimento da sociedade. (Comparato, apud, Ronconi, 2002, p. 62).

É notória a importância da proteção pública da empresa e concomitantemente do interesse social, mostrando-se fundamental a análise da condição da Empresa que se pretende proteger. Esclarece o autor que, a implementação dos princípios constitucionais que precipuamente garantem o desenvolvimento nacional e justiça social, na verdade impõe a completa reforma do direito falimentar. (Comparato, apud, Ronconi, 2002, p. 62).

Sendo a função social da empresa analisada a partir da tarefa que exerce no meio sócio-econômico, depende ela de determinadas responsabilidades e deveres, que são impostos à empresa e divergem da disciplina jurídica a que a mesma se submete, limitando, de certa forma, a sua liberdade de iniciativa.

Segundo Bulgarelli, para o ordenamento jurídico brasileiro, estão previstas várias formas, sendo estas necessárias para que a atividade empresarial não se volte somente para o lucro, observando-se, desta forma, que a realidade sócio-econômica já exige a efetivação da função social da empresa. (Bulgarelli, apud, Ronconi, 2002, p. 64).

Assim, a propriedade privada – Empresa, sendo ela pública ou privada, deverá cumprir com sua função social, sendo ela dotada de função social.

No entendimento de Eros Roberto Grau, a função social da empresa seria uma função social ativa por ser esta detentora de certo poder econômico, ou seja, capaz de realizações, tendo esta sob sua responsabilidade uma obrigação de fazer.

[...] o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte de imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não meramente, de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade. (Grau, 1997, p. 213).

Portanto, nota-se que a atividade empresária tem uma função dinâmica na sociedade não podendo apenas se omitir de seu papel. Ou seja, a empresa tem que ser atuante e fazer de seu poder não apenas instrumento de seus interesses, mas também observar os ditames constitucionais, qual seja, buscar a justiça social.

Nelson Nones, ao tratar em artigo jurídico da função social da empresa no direito privado, utiliza-se de leis que mesmo de uma forma tímida já mencionavam a função social.

Quanto à função social da empresa no âmbito das companhias, o artigo 116, 97º, do revogado Decreto-Lei nº 2.627 de 1940 (antiga lei das sociedades anônimas), determinava segundo Bulgarelli, que ‘os diretores deveriam agir diligentemente no exercício de suas funções, tanto no interesse da empresa, como no interesse do bem público, não tendo a doutrina ou a jurisprudência na época dado maior atenção a essas menções, ficando, quando muito, na análise dos interesses egoísticos dos acionistas e do interesse social, sobretudo, quando contrapostos. (Bulgarelli, apud, Nones, 2002, p. 116).

Conforme Comparato, a fonte inspiradora dessa disposição legal foi “a lei acionária germânica, de 1927, parágrafo 70, não reproduzida na lei alemã de 1965, que em contrapartida consagrou o princípio da co-gestão dos trabalhadores.” (Comparato, apud, Nones, 2002, p. 116).

Também é importante salientar que a função social da empresa é mencionada na Lei 6.404/1976.

[...] pelo disposto no artigo 154, da Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976, 'o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfazer as exigências do bem público e da função social da empresa'. Consoante o parágrafo 4º, 'o conselho de administração ou da diretoria pode autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participar a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais'. (Nones, 2002, p. 117).

Dando continuidade, o mesmo autor ainda expõe:

De outra parte, em conformidade com o disposto no artigo 116, parágrafo único, da mesma lei, 'o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar seu objetivo e cumprir 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 atender'. (Nones, 2002, p. 117).

Comenta Comparato, sobre tais artigos da Lei nº. 6.404/1976:

Como se vê, a lei reconhece que, no exercício da atividade empresarial, há interesses internos e externos que devem ser respeitados: não só das pessoas que contribuem diretamente para o funcionamento da empresa, como os capitalistas e trabalhadores, mas também os interesses da comunidade que ela atua. (Nones, 2002, p. 117).

Os deveres que dispõe os artigos 116 e 154 da mesma lei são impostos ao acionista controlador e ao administrador da sociedade anônima de economia mista, por força das disposições constantes nos artigos 238 e 239, parágrafo único da mesma lei.

Verifica-se, desta forma, através dos preceitos legais, que, das relações entre acionistas, administradores, conselheiros e empregados é que decorrem as obrigações concernentes ao âmbito interno da companhia. Já no âmbito externo, a relação é com terceiros, representados pelos consumidores, fornecedores, credores e principalmente com a comunidade de que a empresa faz parte.

Em sua obra, Nelson Nones expõe a dificuldade apresentada ao se tentar explicar em que consistem os deveres sociais negativos e positivos.

Segundo Comparato, os deveres negativos do empresário, relativamente a esses múltiplos interesses, 'representam a mera aplicação do princípio geral 'neminem laedere', ou seja, do princípio pelo qual não se deve lesar ninguém. Quanto á segunda espécie, Comparato pergunta: 'Mas terá o empresário, também, deveres positivos? Teriam as empresas o dever de desenvolver um plano de assistência social ou de previdência complementar para seus empregados? A lei obriga, porventura, o acionista controlador ou o administrador a fazer com que a companhia participe de recolhimento e amparo a menores abandonados? E arremata: 'O simples enunciado dessas questões mostra claramente, o alcance limitado, senão nulo, do conceito de função social da empresa.'(Comparato, apud, Nones, 2002, p. 118).

Ao se referir ao alcance limitado desse conceito, Comparato ensina que no direito empresarial, a legislação pertinente contém uma denotação imprecisa, insuficiente e vaga. Por outro lado, Nones explica que a ampliação do entendimento do que seja essa função social pode ser encontrada no sistema jurídico brasileiro como o todo, principalmente, a partir dos princípios constitucionais e das leis que decorrem da Carta Magna de 1988. Cita-se por exemplo, a legislação que regula os novos direitos à defesa do consumidor e ao meio ambiente, juntamente, é claro, com a mais recente lei de falências, que, através do instituto da recuperação judicial da empresa deu novo tratamento as questões relacionadas a empresa, principalmente no que tange a sua função social. Observa-se, na categoria de função social da empresa, que à atividade empresarial não se reserva apenas a tarefa de cumprir um papel econômico. (Nones, 2002, p. 118).

A expressão, amplamente utilizada no presente trabalho, em seu significado primeiro, é cumprir algo, ou desempenhar um dever de tarefa.

Merton conceitua a função social e jurídica da empresa como "o conjunto de tarefas, ações, comportamentos e atitudes que fazem a adaptação e o ajustamento de um dado sistema." (Merton, apud, Nones, 2002, p. 118).

Para Sílvio de Macedo, este conceito “implica a noção de um conjunto de atividades e papéis exercidos por indivíduos de grupos sociais, no sentido de atender às necessidades específicas”. (Silvio de Macedo, apud, Nones, 2002, p. 118).

E seguindo esta mesma linha, César Luiz Pasold aborda que:

A partir das disposições legais da lei das companhias, da função social da empresa resulta um dever agir imposto ao acionista controlador (pessoa natural ou jurídica) a ao administrador (membro do conselho de administrador e/ou diretor) da sociedade anônima, cuja obrigação implica o respeito aos direitos e interesses dos demais sócios, dos empregados, dos consumidores e da comunidade. (Pasold, apud, Nones, 2002, p.119).

Desse modo, pode-se observar que o dever de agir é sempre imposto ao controlador e ao administrador. A legislação ambiental mostra-se avançada no sentido em que a responsabilidade penal pelos crimes ambientais, é imposta tanto às pessoas físicas que integram a empresa, quanto às pessoas jurídicas.

E deve ficar explícito que a função social deve alcançar tanto a sociedade empresária como também o empresário individual, tendo este por objeto uma empresa, uma atividade economicamente organizada.

Portanto, por todo o exposto, pode-se observar que a função social da empresa alcança à todas as empresas, independentemente do tamanho de sua carga tributária. É claro que as grandes empresas apresentam maiores e diferentes possibilidades do que as empresas de pequeno porte, mas, possuem ambas. Iguais responsabilidades no que tange ao meio ambiente e ao direito do consumidor.

Tecendo comentários ao Código Civil de 2002, Nones expressa seu pesar, pois o mesmo traz avanços ao unificar o direito civil e o comercial, porém, deixa de atender o interesse do próprio Estado, pois é importante que este e a iniciativa privada trabalhem conjuntamente, para que haja um equilíbrio econômico efetivo. (Nones, 2002, p. 120).

Há que se observar que os Tribunais estão dispensando grande atenção às questões relacionadas a função social da empresa. Quando, por exemplo, “decidem pela continuidade temporária da sociedade empresária com um único sócio, após o arrendamento, o recesso ou decesso do outro ou dos outros sócios, com fundamento no princípio da preservação da empresa.” (Nones, 2002, p. 121).

O caso da dissolução parcial das sociedades empresárias é outro exemplo.

No dizer de Lucena:

[...] é o caso de ‘dissolução da relação limitadamente a um sócio, com liquidação da quota social.’ Conforme o mesmo autor, ‘da conjugação do princípio preservativo da empresa e do seu ente social que a explora com o princípio geral da resolução contratual por inadimplemento, consubstanciado em clausula expressa ou em clausula tácita de resolução, exsurge o poder jurídico de exclusão de sócio desajustado (com ou sem culpa), ao invés de, na esteira do direito romano e da doutrina individualista, decretar-se a dissolução da sociedade com a conseqüente extinção da empresa’. Importante destacar que o direito produzido pelos tribunais, com relação aos casos mencionados, foi incorporado ao Código Civil. (Lucena, apud, Nones, 2002, p. 121).

Assim, é importante o exame da viabilidade econômica da empresa e da consciência de sua função social, as quais devem servir de parâmetro para a análise da possibilidade de sua recuperação.

Ademais, a função social da empresa não significa retirar do Estado a responsabilidade que lhe é inerente, sendo apenas uma forma justa de fazer com que a empresa, que explora o mercado também seja participante na busca do equilíbrio sócio-econômico, por isso, igualmente, a importância na sua manutenção.

CONCLUSÃO

No decorrer da presente pesquisa constatou-se que a evolução social acarretou conseqüentemente a evolução da legislação falimentar. É notório que a recuperação e a reorganização da empresa insolvente devem ser a regra e a decretação da falência a exceção para a finalidade social e para a satisfação dos créditos.

Importante ressaltar, que a evolução no que se refere a empresa, e principalmente quanto a sua função perante a sociedade, já vem em gradativo aprimoramento desde a Constituição de 1934, tendo sua efetiva explicitação na Constituição de 1988 e aplicação com a Lei nº. 11.101/2005, mais especificamente em seu artigo 47 que trata da Recuperação Judicial da Empresa.

A análise da Recuperação Judicial da Empresa é de grande importância, pois a recuperação da empresa deve ser prioridade, visando não somente a sua preservação, como também a preservação de empregos, o fomento tributário estatal, a movimentação do comércio. As empresas se apresentam como formas geradoras da paz social.

A tendência dos países desenvolvidos é observar cada vez mais a função da empresa em vista do papel que desempenha diante da sociedade, questão esta de relevância na legislação nacional, pois o Brasil, apesar de seu desenvolvimento industrial tardio, vem tentando acompanhar a evolução das relações da empresa com a sociedade, para então atuar visando o bem comum através da economia nacional como também se fazer presente no mercado nacional e internacional.

Assim, com o amadurecimento da legislação nacional, o Brasil alinha-se cada vez mais com as nações desenvolvidas, as quais, como já exposto, têm aplicado com eficácia a manutenção da atividade produtiva.

Portanto, verifica-se que a Lei nº 11.101/2005 apresenta um sistema eficiente de disciplinamento das falências e reestruturação de empresas, que são fundamentais para aumentar a produtividade e a estabilidade da economia, reduzindo desta forma riscos e custos de todos os agentes econômicos.

Ademais, deve-se observar a questão de ser a Lei de Falências uma lei de cunho econômico que passou por uma filtragem constitucional, pois valoriza além do capital, as questões relacionadas ao pleno emprego e a função da empresa na comunidade em que está inserida.

Assim, para as empresas que se encontram em difíceis condições econômicas e financeiras, deve-se buscar soluções, a fim de que não se agrave a sua crise econômica e conseqüentemente a crise econômico-social brasileira, pois é notório que uma empresa parte da comunidade em que atua não deve simplesmente deixar de existir, pois os reflexos de sua quebra irão refletir em vários níveis (localidade, município, estado) nacionais e até mesmo na economia global.

Por fim, há que se enaltecer os relatores responsáveis pelo projeto e atual Lei nº. 11.101/2005, pois sem sombra de dúvidas é uma contribuição jurídica de fundamental importância, no qual o intuito e principal finalidade, foi a melhoria das condições sociais e econômicas da coletividade, visto que a empresa como fartamente exposto do presente trabalho, é uma das principais personagens da economia mundial sendo garantidora de inúmeros princípios elencados na atual Constituição Federal, trazendo em sua existência e função garantias fundamentais para a consecução da justiça e da paz social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Concordata**. 18ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.559.

ANDRADE, Jorge Pereira. **Manual de Falências e Concordatas**. 5ª. ed. São Paulo: Atlas S.A, 1996, p.437.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada**. 3ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.432.

BRASIL, **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz Toledo Pinto e Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1997,p.

BREVIDELEI, Scheilla Regina. **A Função Social da Empresa: olhares, sonhos e possibilidades**. Jus Navegandi, Teresina, a. 4, n.43, jul 2000/acesso 26 de set. 2007.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à Nova Lei de Falências e de recuperação de Empresas** . 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.536.

COIMBRA, Marcio Chalegre. **A Recuperação da Empresa: Regimes Jurídicos Brasileiro e Norte-Americano**. Porto Alegre: Sítese, 2000, p.158.

Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência/Coordenadores Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2005, p.500.

COMPARATO, Fabio Konder. **Direito Empresarial: Estudos e Pareceres**. São Paulo, 1990, p.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998, .

LOBO, Jorge. **Da recuperação da Empresa – No Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Lumem Júris Ltda., 1993, p.

MACHADO, Rubens Approbato (coord) – **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas** – São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.480.

NÁUFEL, José. **Novo Dicionário Jurídico Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.848.

NONES, Nelson. **Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí: Univalli, 2002, p.360.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por Uma Teoria dos Princípios. O Princípio Constitucional da Razoabilidade**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2003, p.347.

PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. **A Função Social da Empresa e o Novo Código Civil**. Jus Navegandi, Teresina, a.7, nº 62, fev.2003. (texto I).

PASOLD, César Luiz. **Prática e Pesquisa Jurídica**. 3. ed. Florianópolis; OAB/SC, 1999, p.200.

PEÑA, Guilherme. **Direito Constitucional. Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro, Editora Lúmen Júris, 2003, p.366.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 1º volume. 27ª ed. Ver. Atual. São Paulo : Saraiva, 2007, p.541.

REQUIÃO, Rubens apud Almeida, amador paes de. **Curso de Falência e Concordata**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.

RONCONI, Diego Richard. **Falências e Recuperação de Empresas: análise da utilidade social de ambos os institutos**. Itajaí. Univalli, 2002, p.221.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.

SZKLAROWSKY, Leon frejda. **Proposta de alteração da subemenda global do relator às emendas do plenário ao substitutivo adotado pela comissão especial ao PU 4.376-B/93** (PL nº 205, de 1995, apensado). Revista Jurídica Consulex, Brasília. nº 156, p. 15-28. julho/2003.

TZIRULNIK, Luiz. **Direito Falimentar**. 6º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.408.

ZANETTI, Robson. **Direito Falimentar**. A Prevenção de Dificuldades e a Recuperação de Empresas. 1º ed. Curitiba: Juruá, 2002, p.156.

