

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO EMPRESARIAL II

ISABEL CHRISTINE SILVA DE GREGORI

VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS KNOERR

ALEXANDRE BUENO CATEB

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito empresarial II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Isabel Christine Silva De Gregori, Viviane Coêlho de Séllos Knoerr, Alexandre Bueno Cateb – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-102-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Empresas – Legislação. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

DIREITO EMPRESARIAL II

Apresentação

O GT DIREITO EMPRESARIAL II contou com 28 artigos muito bem elaborados por pesquisadores de todo o Brasil. Com satisfação, pudemos participar de debates acalorados entre os participantes. A opinião corrente é a de que o Direito Empresarial não pode ser analisado como um ramo de proteção de classes, mas como um mecanismo de crescimento e desenvolvimento econômico.

Preocupados com os rumos recentes pelos quais vem passando o país, em que a crise política se soma à recessão que perdura por mais de um ano, os participantes foram uníssomos em afirmar a necessidade de se garantir à classe empresarial, por meio de instituições fortes e seguras, meios para incentivar o investimento no setor produtivo brasileiro.

MEIOS DE EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA SOB A ÓTICA DA FUNÇÃO SOCIAL

MEANS OF EFFECTIVENESS OF THE COMPANY PRESERVATION PRINCIPLE FROM THE PERSPECTIVE OF THE SOCIAL FUNCTION

Camila Aparecida Borges
Elenice Baleeiro Nascimento Ribeiro

Resumo

A partir do método hipotético-dedutivo, o presente artigo tem por objeto a análise do princípio da preservação da empresa, contido na Lei de Recuperação Judicial e Falência (Lei 11.101/05) como expressão da função social. Parte-se da análise do papel da empresa no atual cenário de capitalismo e globalização econômica que vige ao lado do princípio da função social, expresso na Constituição Federal, o qual impõe a limitação da propriedade privada em benefício aos interesses de justiça e bem-estar de toda sociedade. Após tratar do princípio da preservação da empresa passa-se a análise da atuação da Assembleia-Geral de Credores, colocando-a em contraponto à intervenção jurisdicional prevista no art. 58 § 1º, que tipifica o chamado cram down, a partir da indagação quanto aos reais interesses dos credores nas tomadas das decisões assembleares. Do estudo do tema restou evidenciado que a Assembleia Geral de Credores nem sempre se revela apta a garantir a função social e nem a própria preservação da empresa em benefício a todos stakeholders. Suscita-se que para melhor alcance da preservação da empresa se faz necessário que, ao lado da utilização do cram down, sejam adotadas políticas públicas para revitalizar as empresas visando em especial a perpetuidade das novas empresas. Além disso, importante considerar a possibilidade de implementar a flexibilização da legislação, com a previsão de prazos mais longos e procedimentos mais céleres, especialmente para as empresas menores, porquanto isso também expressa o princípio da função social que deve nortear a ordem econômica, conforme lê-se no inciso IX do artigo 170 da Constituição Federal.

Palavras-chave: Empresa, Função social, Lei de recuperação judicial e falência (lei 11.101 /05), Princípio da preservação da empresa, Assembleia-geral de credores

Abstract/Resumen/Résumé

From the hypothetical-deductive method, this article focuses on the analysis of the principle of preservation of the company, contained in the Judicial Reorganization and Bankruptcy Law (Law 11.101 / 05) as an expression of social function. It starts with the analysis of the role of business in the current scenario capitalism and economic globalization that prevails alongside the principle of the social function of the company, expressed in the Federal Constitution, which requires the limitation of private property to benefit the interests of justice and well -being of the whole society. After dealing with the principle of preservation

of the company is the analysis of the performance of General Assembly of creditors, placing it in opposition to judicial intervention provided for in art. 58 § 1, which typifies the so-called cram down, from the question as to the real interests of creditors in making decisions of general meetings. The theme study remains evident that the Creditors' Meeting, if not always reveals able to guarantee the social function and not even the preservation of the company for the benefit to all stakeholders. Evoke up, that better to reach the preservation of the company it is necessary that, along with the use of cram down to, public policies are adopted to revitalize businesses targeting in particular the perpetuity of the new companies. In addition, important to consider the feasibility of implementing the flexibility of legislation, with the prediction of longer terms and more rapid procedures, especially for smaller companies, because it also expresses the principle of the social function that should guide the economic order as read If the item IX of Article 170 of the Federal Constitution.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Company, Social function, Judicial reorganization law and bankruptcy (law 11.101/05), Company preservation principle, Creditors' meeting

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto a análise do princípio da preservação da empresa inserido no art. 47 da Lei 11.101/05 em sua imbricação com a função social que direciona a expressão do direito de propriedade à finalidade de justiça social e bem-estar coletivos e em limitação dos interesses privastísticos que lhe são peculiares.

O ponto de partida da presente pesquisa é o reconhecimento de que a função social ditada constitucionalmente está inter-relacionada com o princípio da preservação da empresa previsto no art. 47 da Lei 11.101/05, diante do reconhecimento que a cessação das atividades da empresa traz dos efeitos negativos que recaem sobre toda sociedade.

A questão que se coloca é se o princípio da preservação da empresa previsto na lei recuperacional tem real efetividade no âmbito da crise econômico-financeira da empresa a partir da atuação da Assembleia-Geral de Credores. Para tanto abordar-se-á a atuação da Assembleia-Geral de Credores e a intervenção jurisdicional previstas respectivamente nos artigos 35-I, a e 58 § 1º da citada lei.

A hipótese colocada é que a Assembleia-Geral de Credores, a quem originariamente compete decidir sobre plano de recuperação apresentado pelo devedor, pode afastar-se do intuito preservacionista e de consagração da função social que norteia a lei, desviando-se para a busca dos interesses privados de seus componentes.

Para alcançar o objetivo proposto, partindo-se de pesquisa bibliográfica, apoiada no método hipotético-dedutivo e complementada por julgados exemplificativos, far-se-á o desenvolvimento do tema, por meio de itens cujos conteúdos são interligados.

O primeiro item terá como conteúdo a abordagem da importância da empresa no vigente cenário de capitalismo e globalização econômica. Verificar-se-á também o papel da empresa no desenvolvimento social, posto que atua, tanto no atendimento às necessidades de consumo, bem como na criação e circulação de produtos inovadores, além da geração de renda ao Estado pelo pagamento de tributos e criação de empregos. Abordar-se-á que, justamente por sua capacidade de gerar efeitos positivos para a sociedade, a empresa compromete-se com a função social, que determina a limitação aos interesses de cunho privatísticos que norteiam a propriedade privada em prol da satisfação de interesses coletivos

que levem a justiça e bem-estar social, valores que se fazem objetivo da república brasileira (CF art. 3º) bem como da ordem econômica constitucionalmente fixada (CF, art. 170).

No segundo item, adentrar-se-á a Lei 11.101/05 para verificar o princípio da preservação da empresa objeto do artigo 47 sob a perspectiva da função social da empresa, diante do reconhecimento dos efeitos sociais nefastos causados pelo encerramento de uma empresa.

Por fim, o terceiro item, será dedicado a analisar a questão da efetividade do princípio da preservação da empresa, diante do próprio ordenamento jurídico que trata da recuperação judicial. Nesse item, com base em estudiosos do tema e da própria jurisprudência produzida pelos Tribunais Pátrios, tomar-se-á como foco a Assembleia Geral de Credores fazendo um contraponto com o instituto do *cram down*, presente no art. 58 § 1º. que possibilita a intervenção jurisdicional a fim de que seja efetiva a preservação da empresa em prol de toda sociedade ou seja, em atendimento à função social.

A relevância do tema é manifesta diante dos ditames constitucionais que prescrevem a função social e determinam a vinculação da empresa, enquanto expressão da propriedade e da livre iniciativa econômica e especialmente na adoção do princípio da preservação da empresa que norteia o Direito recuperacional brasileiro, em garantia aos interesses das diversas partes afetadas positivamente com a manutenção da atividade da empresa.

1- Capitalismo, empresa e sua função social

A Constituição Federal consagrou a livre iniciativa e a propriedade privada respectivamente como princípio fundante do Estado e da própria da ordem econômica (Constituição Federal art. 1º, IV e art. 170, IV), ficando clara a opção pelo regime capitalista.

Nesse cenário, o mercado ganha proeminência e, conseqüentemente, a empresa. De fato é patente a centralidade das empresas no contexto e economia de mercado, pois suas atividades são a própria expressão tanto da propriedade privada quanto da livre iniciativa, fazendo-se, pois, principal protagonista do desenvolvimento e base da economia industrial nesse sistema de economia liberal.¹ Além disso, é o principal ente na apropriação dos *bens de produção*. ou seja, daqueles bens de caráter instrumental, porquanto se aplicam à produção de

¹ LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A lei das S.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 155.

outros bens ou rendas.² Nesse sentido, observa Eros Roberto Grau³ que é a empresa quem “dinamiza” os bens de produção no regime capitalista.

No vigente contexto de economia globalizada, o papel da empresa ganha ainda maior destaque, pois opera como vetor da economia transacional.⁴

Além disso, ainda que seja o lucro sua finalidade precípua, as empresas, acabam por gerar empregos e promover a distribuição de renda por meio da tributação e propiciar o desenvolvimento tecnológico na medida em que se obrigam a oferecer produtos e serviços inovadores para ficarem à frente de seus concorrentes.⁵ É, portanto, inegável “seu papel preponderante também no que se refere ao tema da inclusão social”.⁶

Entretanto, não se pode deixar de lado que na Constituição Federal a opção pela economia de mercado foi erigida em paralelo ao estabelecimento de uma abordagem de bem-estar e justiça social que caracteriza o Estado Social, modelo político adotado pelo Brasil. Vale ressaltar que o Estado Social – adotado pelo Brasil em sua feição de Estado Social Democrático – preconiza uma posição ativa do poder público, com vistas a fazer a aproximação entre trabalho e capital para viabilizar a consecução da justiça e, como fim último, garantir a efetivação dos direitos humanos e propiciar o bem-estar coletivo.

Nesse diapasão a ordem econômica também foi fixada tendo sob foco o bem-estar social⁷. Isso está expressamente mencionado no artigo 170,⁸ que trata da ordem econômica. Referido dispositivo constitucional erige como finalidade da República “o estabelecimento de uma vida digna”. Foram colocados lado a lado a valorização do trabalho e a livre iniciativa

² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, pp. 826 e 808.

³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 237.

⁴ MENEZES, Wagner. Direito internacional, empresa e sustentabilidade. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides (Coord.); MAILLART, Adriana Silva (Org.). *Justiça, empresa e sustentabilidade*, v. 2. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, cap. 19, p. 357.

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 3.

⁶ CLARO, Carlos Roberto. *Recuperação judicial: sustentabilidade e função social da empresa*. São Paulo: LTr, 2009, p. 53-64.

⁷ GRAU, *op. cit.*, p. 46.

⁸ Artigo 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. § único: É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

numa perspectiva de equilíbrio entre esses valores,⁹ expressando assim a preocupação com a perspectiva social e econômica do Estado brasileiro. Além disso, determina a harmonização da propriedade privada com a função social da propriedade e a livre concorrência, na medida em que coloca os tais valores como princípios balizadores da ordem econômica (artigo 170, incisos II, III e IV).

Evidentemente que os ditames de justiça social, em especial, atribuição de função social à propriedade, expressos na Constituição Federal, comprometem toda sociedade – quer sejam pessoas físicas ou jurídicas, entes públicos ou privados, cidadãos ou empresas. Ou seja, assim como a função social regula constitucionalmente o direito de propriedade, regula também a empresa, donde se reconhece a função social da empresa, cuja incidência acarreta a limitação da propriedade e da livre iniciativa, com o fito de alcançar os objetivos de justiça social.

Em específico quanto a vinculação da empresa com a função social José Afonso da Silva é categórico: “tanto vale falar de função social da propriedade dos bens de produção, como função social da empresa, como de função social do poder econômico”.¹⁰

Entretanto, não se pode deixar de considerar que a função social se estabelece como limitador¹¹ ao exercício da propriedade privada e da livre iniciativa, fatores tão caros à economia de mercado, na qual, como já se, disse a empresa figura como protagonista. Diante disso a observância de uma função social para a empresa suscita de inúmeros questionamentos mesmo entre os estudiosos do Direito Empresarial que entendem a geração de lucro como principal finalidade da empresa e, portanto, de certo modo incongruente com a concepção de função social.¹²

⁹ No mesmo sentido cf. SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. *O direito ao desenvolvimento na doutrina humanista do direito econômico*. São Paulo, 2006. Tese (Doutorado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 151.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 826.

¹¹ Com relação a limitação da propriedade privada pela função social, José Afonso da Silva, expõe: “submetendo-a [a propriedade privada] aos ditames da justiça social, de sorte que se pode dizer que ela só é legítima enquanto cumpra uma função dirigida à justiça social”. (SILVA, *op. cit.*, p. 824.)

¹² Fábio Konder Comparato, assim se posiciona: “incongruência em se falar numa função social das empresas. No regime capitalista, o que se espera e exige delas é, apenas a eficiência lucrativa, admitindo-se que, em busca do lucro, o sistema empresarial como um todo exerça a tarefa necessária de produzir ou distribuir bens e de prestar serviços no espaço de um mercado concorrencial. Mas é uma perigosa ilusão imaginar-se que, no desempenho dessa atividade econômica, o sistema empresarial, livre de todo controle dos Poderes Públicos, suprirá naturalmente as carências sociais e evitará abusos; em suma promover a justiça social”. (COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, ano 85, v. 732, São Paulo, p. 45, out. 1996.)

Entretanto, paradoxalmente, exatamente por seus lucros advirem como expressão da livre iniciativa e da propriedade privada a empresa no Brasil submete-se à intervenção do Estado que direciona a economia para que atinja uma função social prevista constitucionalmente. E é a análise do direcionamento da ordem econômica fixado na Constituição Federal de 1988 que leva à tal conclusão.

Repise-se que o tratamento que a Constituição Federal dispensa aos valores que tipificam o capitalismo enquanto regime econômico (propriedade privada e livre concorrência) demanda a observância da função social como forma de contrabalançar e harmonizar o exercício de ambos. Ou, dito de outra forma, o tratamento dispensado à função social na Constituição vigente se faz no sentido de intervenção do Estado na ordem econômica, com vistas justamente a alcançar o bem-estar e a justiça coletivos.¹³

É, pois nesse sentido de alcance de justiça e bem-estar social que se insere a função social. O sentido de limitação ao direito propriedade contido na função social, se estabelece numa abordagem coletiva, contrapondo-se ao aspecto individualístico que marca esse direito. Como bem explana Luiz Edson Fachin “a expressão função social corresponde a limitações, em sentido largo, impostas ao conteúdo do direito de propriedade [...] e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção de reação anti-individualista”.¹⁴

Como já mencionado está evidente que a empresa também tem suas atividades subordinadas aos ditames da função social. Desta forma sua funcionalização¹⁵ deve operar-se em submissão ao regramento da ordem econômica, de que trata o artigo 170 da Constituição, no qual a função social que foi erigida como um de seus princípios. Assim, de acordo com as regras constitucionais, está mantida a empresa. Entretanto, é a função social o que irá balizar a atividade da empresa no país, legitimando-a ou não.¹⁶

¹³ SILVEIRA, *op.cit.*, p. 147-148, 150 e 824.

¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse da propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988, p. 19.

¹⁵ No sentido jurídico, “funcionalizar” diz respeito a “conceder utilidade ou impor uma finalidade a um instituto jurídico” de forma a tornar efetiva a prestação com vista à realização dos fins determinados. (NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno*. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional, vol. II, Curitiba: Juruá, 2001, p. 217.)

¹⁶ José Afonso da Silva aponta que a liberdade de desenvolvimento da empresa “é legítima enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida no interesse com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário”. (SILVA, *op. cit.*, p. 806.)

Eros Roberto Grau, esclarece que essa vinculação da empresa com princípio da função social, não se esgota em simplesmente deixar de causar prejuízo, mas, na verdade, impõe o exercício de atos visando o bem de terceiros:

O que é mais relevante enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário ou a quem detêm o poder de controle na empresa, o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte de imposição de comportamentos positivos, prestação de fazer, ao detentor do poder que deflui a propriedade. Vinculação inteiramente distinta, pois daquela que lhe é imposta pela concreção do poder de polícia.¹⁷

Nesse diapasão insere-se a “nova lei falimentar” (Lei 11.101/05) que tem como norte a preservação da empresa em benefício à sociedade como um todo e, para tanto, busca a superação da crise financeira e manutenção da atividade empresária em detrimento aos interesses privatísticos dos credores. Afigura-se, pois, como um dos principais exemplos de expressão infraconstitucional da consagração da função social da empresa.

2- O princípio da preservação da empresa e sua função social

Ao estabelecer a função social a Constituição Federal impôs novo direcionamento jurídico à propriedade privada e à ordem econômica e, por consequência, afetou o direito de empresa. Em consonância com o regramento constitucional foi editado o Código Civil de 2002, que passou a reger o Direito de Empresa (arts. 966 a 1.195) em substituição ao Código Comercial (Lei 556, de 25 de junho de 1850).

De fato, o tratamento privatístico da empresa expresso Lei Comercial, que veio a ser derogada, afigurava-se distanciado da nova realidade social e da própria norma constitucional. O Código Civil de 2002, passou a disciplinar o Direito de Empresa e no artigo 966 passou a albergar a da *teoria da empresa* com ênfase no perfil funcional, em substituição à *teoria dos atos do comércio*, presente no diploma anterior, que punha em destaque a figura do comerciante, nomenclatura atribuída aos autores dos atos do comércio. Com a edição do diploma Civil de 2002, é a atividade – organizada para a produção de bens e serviços – que define a empresa e não mais seu sujeito.¹⁸

¹⁷ GRAU, *op. cit.*, p. 245.

¹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 3 e 6.

Como fruto do reconhecimento da influência da empresa, em especial no atual cenário de capitalismo e globalização econômica, passou-se também a levar em consideração os efeitos negativos do encerramento da empresa, porquanto afeta a própria economia, reduzindo sua capacidade produtiva.

Nesse contexto foi editada a Lei Recuperação Judicial e Falência – Lei 11.101/05, então chamada de “nova” Lei de Falências. O principal objetivo da lei é a preservação da empresa como corolário do reconhecimento de sua a função social e de suas múltiplas influências na sociedade. O destaque é para a empresa enquanto atividade produtiva, que movimenta a economia e afeta positivamente a sociedade, com a arrecadação de impostos e geração de lucro aos investidores e empregos aos trabalhadores.¹⁹ Ou seja, é reconhecida a função social da empresa, sendo esta a justificativa para preservá-la.

Abre-se aqui parênteses, para mencionar que no âmbito do instituto anterior, Decreto-Lei 7.661/45 o intuito era a satisfação dos credores, numa abordagem extremamente processualista, caracterizando-se como verdadeira execução coletiva. Essa ênfase na relação credor-devedor presente no diploma legal revogado põe em evidência o caráter privatístico que norteava referida lei.²⁰ A prevalência era, pois, pela defesa dos interesses individuais sobre os coletivos.

Na nova Lei de Recuperação Judicial é clara a mudança de perspectiva quanto a crise da empresa. Como dito acima o enfoque principal é o tratamento, a recuperação da empresa em crise, e, não a crise em si e muito menos seu encerramento para pagamento dos credores com a venda dos bens da massa, como ocorria no diploma que substituiu. Já no cabeçalho da Lei 11.101/05, substituiu-se a expressão “Lei de Falências”, que intitulava o regulamento anterior (Decreto-Lei 7661/45), pela locução que põe em primeiro plano e a recuperação judicial e extrajudicial. Apenas num segundo momento faz-se alusão à falência do empresário e da sociedade empresária.

É evidente que as alterações estabelecidas pela nova lei não se resumem ao título, ainda que esse denuncie claramente a mudança de disposição no tratamento da empresa em crise. O conteúdo da lei que substitui a norma ab-rogada, fica clara o intuito de recuperação da empresa prescrevendo a falência, somente quando inviável a reabilitação da empresa. Carlos Roberto Claro explicita essa circunstância:

¹⁹ PUGLIESI, Adriana Valéria. Direito falimentar e preservação da empresa. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2013, p. 25.

²⁰ Ibid, p.20, 24, 25, 247

O Decreto-Lei n. 7.661/45 visava à rápida e imediata liquidação do patrimônio do devedor para pagamento dos credores. Havia poucas possibilidades de recuperação da empresa mergulhada em crise. O texto normativo de 2005, ao contrário, busca tentar salvar e reerguer a empresa em momentânea crise e, só depois, caso não logre êxito em tal empreitada, estabelecer regras a fim de que seja entidade retirada do mercado, o mais rápido possível.²¹

Atualmente há o reconhecimento dos efeitos nefastos que se disseminarão pela sociedade no caso da crise fatal causadora da extinção da empresa, como observa Fábio Ulhoa Coelho:

A crise da empresa pode ser fatal, gerando prejuízos não só para os empreendedores e investidores que empregaram capital no desenvolvimento, como para os credores [...]. A crise fatal de uma grande empresa significa o fim de postos de trabalho, desabastecimento de produtos ou serviços, diminuição na arrecadação de impostos e, dependendo das circunstâncias, paralização de atividades satélites e problemas sérios para economia local, regional, ou, até mesmo, nacional.²²

Na nova lei de recuperação judicial a preservação da empresa se faz na direção de sua função social operando-se em benefício aos seus diversos níveis públicos e interesses, os chamados *stakeholders*²³ (empregados, fornecedores, consumidores).

Importa salientar a consagração da preservação da empresa, presente da lei está em harmonia com a *teoria da empresa* em sua abordagem funcional, ou seja, que coloca em foco a atividade econômica produtiva.²⁴ Aliás, estudiosos do tema não hesitam em apontar a preservação da empresa como verdadeiro princípio que norteia todo o tratamento dispensado à empresa em crise na citada Lei de 2005 e está presente tanto nos procedimentos de recuperação como nos de falência.^{25,26.}

Devido a dicção do artigo 47 da Lei 11.101/05 é comum relacionar a função social e o princípio da preservação da empresa no contexto da recuperação judicial, ou seja, para aquelas empresas que momentaneamente encontram-se em dificuldades financeiras, embora

²¹ CLARO, *op cit.* p. 153.

²² COELHO, *op. cit.*, p. 24.

²³ Esses públicos interessados na atividade da empresa são chamados *stakeholders* definidos como “aquelas partes legitimamente interessadas no funcionamento da empresa, seja porque impactam ou são impactados pela empresa, ou simplesmente têm interesse sobre como a empresa se comporta. Entre eles podemos incluir comunidades afetadas pela empresa, empregados, consumidores, fornecedores, associações comerciais, governos, mídia e ONGs além da sociedade como um todo”. (OLIVEIRA, José Antônio Puppim de. *Empresas na sociedade: sustentabilidade e responsabilidade social*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, pp. 94-95.)

²⁴ DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Quartier LATIN, 2005, p. 26.

²⁵ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 42.

²⁶ Paulo Sérgio Restiffe cita a preservação com o quarto entre os princípios fundamentais da recuperação de empresas. (RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Recuperação de empresas: de acordo com a lei 11.101*. Barueri: Manole, 2008, pp. 2-4.)

sejam economicamente viáveis.²⁷ De fato, essa inter-relação é explícita no artigo 47 da Lei 11.101/05:

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.

Contudo, cabe ressaltar que essa intenção “preservacionista” da legislação em comento se faz presente também nos procedimentos destinados a regular a falência propriamente dita.²⁸ No artigo 75, é claro o cuidado com a manutenção da empresa, enquanto atividade econômica, mesmo no procedimento de falência, eis que dispõe: “A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive intangíveis da empresa”.

Sob a égide do citado artigo 75, o afastamento do empresário afigura-se como meio para preservar e potencializar a utilização produtiva dos bens e dos recursos da empresa e, assim, propiciar a continuidade da empresa, inexistindo qualquer intenção de punição. Também nesse contexto observa-se o reconhecimento da função social, na medida em que o afastamento do “dono do negócio” visa propiciar a otimização produtiva dos bens e recursos e tem como finalidade maior a preservação da empresa, como observa Newton de Lucca²⁹.

Como observa Adriana Valéria Pugliesi,³⁰ citado artigo 75, deixa patente que ficou mantida a finalidade liquidatória para a empresa insolvente. Entretanto, paralelamente, foram ofertados mecanismos e instrumentos para tornar viável e preservar a atividade produtiva, ainda que com outro sujeito. A autora acentua que, apesar de persistir o procedimento liquidatório na falência, isso não significa “o término ou morte do negócio”, originalmente dirigido pelo falido. O novo direcionamento presente na nova lei recuperacional (Lei 11.101/05), não determina que a dissolução da personalidade jurídica de uma sociedade

²⁷ Manoel Justino Bezerra Filho explica a diferença das crises que dão origem à falência ou à recuperação judicial. Leciona o autor que a crise financeira (ausência de dinheiro) quando somada à crise econômica insolúvel (impossibilidade de manter um giro empresarial lucrativo) determina a falência da empresa. Entretanto, e apesar da crise financeira, se a dificuldade econômica for apenas passageira é o caso de procurar a recuperação da empresa. (BEZERRA FILHO, *op. cit.*, pp. 176-177.)

²⁸ PUGLIESI, Adriana Valéria. *Direito Falimentar e Preservação da Empresa*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2013, p. 31.

²⁹ DE LUCCA; SIMÃO FILHO, *op. cit.*, pp. 341-342.

³⁰ PUGLIESI, *op. cit.*, pp. 37, 244, 245, 249.

empresária acarrete “obrigatoriamente, o fim da atividade econômica que era desenvolvida pelo devedor”.³¹

Claro está que no novo tratamento imposto à empresa em crise pela Lei 11.101/05 o cuidado com a preservação da empresa está intimamente ligado ao reconhecimento de sua função social e justifica a manutenção da empresa, enquanto atividade produtiva e prevalece ainda que não seja mais possível promover sua recuperação judicial.

Diante das disposições da Lei de Recuperação Judicial e Falências faz-se importante a efetivação do princípio da preservação da empresa, de modo que a manutenção da atividade da empresa em crise possa reverter em efetivo benefício a toda sociedade e assim atingir a função social preconizada constitucionalmente.

3- A efetividade do princípio da preservação da empresa: responsabilidade da Assembleia-Geral de Credores?

A doutrina vem reconhecendo a preservação da empresa como uma das finalidades do moderno Direito Recuperacional Brasileiro³². No mesmo sentido é a posição de Newton de Lucca, que reconhece a recuperação da empresa como “instituto nodal” da Lei 11.101/05.³³

Mais uma vez vale destacar que o princípio da preservação da empresa inserto no artigo 47 da Lei 11.101/05 estabelece a manutenção da atividade empresária como finalidade do instituto da recuperação judicial em reconhecimento à sua função social.

São, portanto, três pilares de proteção envoltos no princípio da preservação da empresa no âmbito da lei recuperacional, quais sejam: (i) a manutenção da empresa, (ii) a função social e (iii) o estímulo à atividade econômica. Ou seja, o intuito preservacionista não tem por objetivo somente a proteção da sociedade empresária, mas também do Estado e a comunidade.

Uma vez já abordados os dois primeiros quesitos, resta melhor detalhar o terceiro, “estímulo à atividade econômica”. A interligação desse terceiro quesito com a função social

³¹ Essa posição guarda consonância com as lições de Manoel Bezerra Justino, que em relação à manutenção da atividade econômica preleciona: “dentro do espírito da nova lei, que pretende recuperar a empresa, preservando-a, na falência a mesma busca existe agora por preservação não mais da empresa, que é dissolvida pela falência (art. 1.044 do Código Civil), e sim da atividade produtiva” BEZERRA FILHO, *op. cit.*, p. 188.

³² PUGLIESI, *op. cit.*, p. 31.

³³ DE LUCCA; SIMÃO FILHO, *op. cit.*, p. 203.

da propriedade privada é verificável no artigo 3º, incisos II e III, da Constituição Federal, que estabelecem como objetivos da República Federativa do Brasil, “garantir o desenvolvimento nacional” e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.³⁴

Ainda quanto à vinculação entre a função social e a preservação da empresa, prossegue Gladston Mamede:

A organização estruturada dos meios e processo de produção para intervenção e atuação no mercado, visando à produção de vantagens econômicas apropriáveis, é determinada pela produção e circulação de bens e/ou pela prestação de serviços e, embora a finalidade imediata seja remunerar o capital nela investido, beneficiando os seus sócios quotistas ou acionistas, há um benefício mediato que alcança os empregados, fornecedores, consumidores, o Estado. [...] corolário do *princípio da função social da empresa* é o *princípio da preservação da empresa*, metanorma que é diretamente decorrente da anterior: é preciso preservar a empresa para que ela cumpra a sua função social.³⁵

Da análise da legislação recuperacional deflui-se que existem três eixos interpretativos do princípio da preservação da empresa em sua vinculação com a função social. Há o enfoque centrado na conduta da empresa no momento de situação de crise econômico-financeira (i). Em segundo se coloca o princípio da preservação da empresa sob a ótica do Poder Judiciário (ii). E, em terceiro, a eficácia do instituto da preservação da empresa em relação ao próprio ordenamento jurídico (iii).

No tocante à conduta da empresa no momento de situação de crise (i) a questão que se coloca é se há de fato uma preocupação sob o ponto de vista de sua função social, ou se estas preocupações limitam-se a obtenção do lucro, principalmente em favor dos investidores e credores.

Em específico aos credores não se pode ignorar que quando advém a crise o que lhe importa é que sejam mantidos os recursos financeiros para satisfação de seus créditos. Os interesses dos demais *stakeholders*³⁶ ficam como matéria de segundo plano.

Essa problemática se desdobra a partir do “princípio da autonomia dos credores” presente na lei que regula o atual sistema recuperacional e norteia a atuação da Assembleia Geral de Credores (artigos 35 a 46 da Lei 11.101/05), tanto na hipótese de recuperação judicial, como na falência. Nos dois casos esse órgão detêm poderes para deliberar autonomamente sobre qualquer interesse que possa afetar os credores (art. 35-I,f e art. 35-II,d)

³⁴ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro, falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, v. 4, 2006. p. 182.

³⁵ *Ibid.*, p.182.

³⁶ Cf. definição objeto da nota 29.

e, no caso de recuperação judicial, é sua incumbência acatar, rejeitar ou modificar o plano de recuperação (art. 35-I,a).

Resta claro que a Assembleia-Geral de Credores tem marcada participação na recuperação judicial pois instrumentaliza o “princípio da autonomia dos credores” e suas decisões tocam no princípio da preservação da empresa. Além disso, inegável que o princípio da autonomia dos credores trouxe, em certo nível, uma desjudicialização do sistema recuperacional no Brasil.³⁷

Entretanto, não se pode deixar de considerar que um dos grandes riscos da decisão por meios dos credores é tendência para uma autotutela e a possibilidade do exercício da influência de credores mais fortes sobre os mais fracos com possível manipulação de votos por meios-da cessão de créditos.³⁸ Isso certamente vai contra a defesa dos interesses coletivos que se faz conteúdo da função social e sobre o qual se assenta o princípio da preservação da empresa.

Vale ressaltar que, a princípio, o magistrado pode conceder a recuperação judicial nos termos propostos pelo devedor. Em conformidade com os artigos 57 e 58, da Lei de Recuperação Judicial e Falência³⁹, a formação da Assembleia Geral de Credores, só se fará necessária, caso algum credor apresente objeção de ao plano originalmente proposto pelo devedor.⁴⁰⁻⁴¹

³⁷ NEGRÃO, Ricardo. A preservação da função social como objetivo da recuperação judicial da empresa. BRUSCHI, Gilberto Gomes et al. *Direito processual empresarial: estudos em homenagem ao Professor Manoel de Queiroz Pereira Calças*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 692.

³⁸ TADDEI, Marcelo Gazzì. Aspectos relevantes da assembleia geral de credores no processo de recuperação judicial. IN: BRUSCHI, Gilberto Gomes et al. *Direito processual empresarial: estudos em homenagem ao Professor Manoel de Queiroz Pereira Calças*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 453.

³⁹ Lei 11.101/05 - art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional. Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei. [...]

⁴⁰ TADDEI, Marcelo Gazzì. Aspectos relevantes da assembleia geral de credores no processo de recuperação judicial. IN: BRUSCHI, Gilberto Gomes et al. *Direito processual empresarial: estudos em homenagem ao Professor Manoel de Queiroz Pereira Calças*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 454.

⁴¹ Deste voto, destaca-se o seguinte trecho: “[...] Ocorre que a Lei nº 11.101/2005 é expressa no sentido de que, só haverá convocação de assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano recuperatório se houver objeção. Como não há dúvida de que não foi deduzida nenhuma objeção ao plano, a assembleia-geral não poderia ter sido convocada e, muito menos, realizada, mercê do que, a deliberação dos cinco credores é ineficaz e não pode ser acolhida como objeção. Destarte, considerando-se que a doutrina é pacífica no sentido de que o juiz só deve convocar assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano se houver a apresentação de objeção, bem como em face da tranquila jurisprudência a respeito do art. 57 da Lei nº 11.101/2005, na linha de que, enquanto não editada lei sobre parcelamento especial dos débitos fiscais, não se mostras razoável exigir-se apresentação das certidões negativas de débitos tributários, é de rigor que se aplique o art. 58, ‘in verbis’: ‘Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha

No entanto quando, por força de objeção, houver convocação da Assembleia Geral, os credores que a compõem serão os responsáveis pelas decisões tomadas no processo de recuperação judicial.⁴² Nessa hipótese a participação dos credores está diretamente relacionada ao princípio da preservação da empresa, previsto no artigo 47, da Lei 11.101/2005.

Diante dessas circunstâncias seria adequado concordar com a afirmação que a preservação da empresa pode ser garantida apenas com a decisão dos credores? Como desdobramento dessa indagação inserem-se as considerações sobre a discricionariedade do magistrado, pois sua atuação busca garantir a regularidade dos atos da Assembleia, para resguardar direitos de alguns credores e até mesmo de sobrevivência da empresa. Quanto a esse aspecto expõe Ricardo Negrão:

No exame de preservação da função social em equilíbrio com aos interesses eminentemente privados e econômicos, encontramos maior evidência do papel de destaque destinado ao Magistrado no exame dos requisitos à concessão da recuperação judicial à empresa em crise econômico financeira [...].⁴³

No artigo 58, § 1º, da Lei 11.101/2005⁴⁴ está prevista a situação em que o juiz pode decidir contrariamente ao entendimento de alguns credores. Para Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli isso significa que “o plano é imposto pelo juiz aos credores. No jargão anglo-

sofrido objeção de credor, nos termos do art. 55 desta Lei”. será provido o recurso para se conceder a recuperação judicial”. Agravo. Recuperação Judicial. Plano de recuperação judicial. Ausência de objeções ao plano. Convocação de assembleia-geral de credores. Inteligência do art. 56 da LRF. Realização da assembleia com participação de credores representantes de cerca de 8% do passivo. Rejeição ao plano. Ineficácia da assembleia. Concessão da recuperação judicial com base no art. 58, dispensadas as certidões negativas tributárias. Credores arrolados no art. 49, §§ 3o e 4o, da LRF não se submetem aos efeitos do plano recuperatório. Agravo provido”. (TJSP, Câmara Reservada à Falência e Recuperação. Agravo de Instrumento 990100050060 SP, Rel: Manoel de Queiroz Pereira Calças, julgado em: 06/04/2010, Data de Publicação: 22/04/2010).

⁴² CERZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 221.

⁴³ NEGRÃO, Ricardo. *A preservação da função social como objetivo da recuperação judicial da empresa*. BRUSCHI, Gilberto Gomes et al. *Direito processual empresarial: estudos em homenagem ao Professor Manoel de Queiroz Pereira Calças*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. 693.

⁴⁴ Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei. § 1o O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembleia, tenha obtido, de forma cumulativa: I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes; II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas; III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1o e 2o do art. 45 desta Lei. § 2o A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1o deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

saxônico, essa imposição é denominada *cram down*”.⁴⁵ Complementam os autores que a utilização do *cram down* está diretamente relacionada ao princípio da preservação da empresa, com o “objetivo de reduzir o poder de uns ou poucos credores”.^{46, 47} Nesse momento, depara-se com a segunda visão da lei recuperacional suscitada no início do presente item e que diz respeito à atuação do Poder Judiciário em busca de garantir a preservação da empresa (ii). Nesse ponto esclarece Eduardo Secchi Munhoz:

No sistema da recuperação, em vez de construir-se a disciplina da matéria a partir do instituto do voto abusivo, desenvolveu-se o instituto do *cram down*, concebido justamente para permitir que o juiz possa interferir, superando veto ao plano imposto por uma classe de credores, sempre que tal rejeição contrarie o interesse público na recuperação da empresa; em outras palavras, sempre que esse veto expresse uma posição individualista, incompatível com a proteção dos demais interesses em jogo. Os critérios definidos em lei em relação ao *cram down* refletem exatamente essa preocupação e deve ser considerados melhores ou piores em função de quão alinhados se posicionam com relação à função pública da recuperação judicial.⁴⁸

De fato, a atuação do magistrado tem por escopo ponderar decisões coerentes e se revela importante para efetivação do equilíbrio preconizado no artigo 170, da Constituição Federal, que prevê objetivos da ordem econômica constitucional e se faz importante para dar concretude ao princípio da preservação da empresa, objeto do artigo 47 da Lei 11.101/05.

⁴⁵ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 289.

⁴⁶ *Ibid.* p. 290.

⁴⁷ “Direito empresarial. Art. 58, § 1º lei de falências. Exclusão do voto de credor por abuso de direito. Recuperação judicial. Concessão. Princípio da preservação da empresa. Prevalência. 1- O artigo 58, § 1º da Lei de Falências autoriza o juiz a homologar o plano de recuperação judicial, ainda que sem a aprovação dos credores na forma do art. 45 da Lei, desde que presentes, cumulativamente, os requisitos nele estabelecidos. 2- Nesse contexto, em homenagem ao princípio da preservação da empresa e ao cumprimento da sua função social, é lícito ao Juiz promover a exclusão do voto de credor que exerce seu direito de maneira abusiva e contrária aos interesses dos demais credores, possibilitando, assim, a recuperação judicial da sociedade devedora.” (TJRJ, 5ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 0037321-84.2011.8.19.0000, Rel: Des. Milton Fernandes de Souza; julgado em: 13/12/2011).

“Ementa - Recuperação judicial - Plano aprovado pela unanimidade dos credores trabalhistas e pela maioria dos credores da classe III do art. 41 e rejeitado por credor único na classe com garantia real - Concessão da recuperação judicial pelo juiz - Agravo de instrumento interposto pelo credor único, com garantia real - Preenchimento indiscutível do requisito do inciso II do § 1º do art. 58 (aprovação por duas classes) - Preenchimento, também, do requisito do inciso I do § 1º do art. 58 (voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes) - Requisito do inciso III do § 1º do art. 58 que jamais será preenchido, no caso de credor único que rejeite o plano, consagrando o abuso da minoria - Hipótese não cogitada pelo legislador e pelo *cram down* restritivo da lei brasileira — Juiz que, não obstante, não se exime de decidir, alegando lacuna na lei - Inteligência do disposto no art. 126 do CPC, aplicável supletivamente ao caso (art. 189 da nova LFR) - Inexistência de tratamento diferenciado entre credores da mesma classe — Falta de legitimidade recursal quanto à dispensa de certidões negativas fiscais, além do que, no sentido dar. decisão combatida, existe caudalosa jurisprudência desta Câmara - Decisão de concessão mantida - Agravo de instrumento não provido.” (TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperação Judicial, Agravo de Instrumento nº 649.192.4/2-00, Rel: Des. Romeu Ricupero).

⁴⁸ MUNHOZ, Eduardo Secchi. SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes (coord.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 289.

Conforme expõe Sheila Cristina Neder Cerezetti, “[...] não basta afirmar que a preservação da empresa significa o respeito aos variados interesses, se não houver empenho para que esse respeito seja procedimentalmente garantido.”⁴⁹

Ainda no tocante a atuação do Poder Judiciário no âmbito da Lei de Recuperação Judicial, suscita-se sobre a possibilidade de sua intervenção para repreender aqueles empresários que usam da lei para manter atividades empresarias sem a preocupação com a preservação da empresa. De fato, a atuação do Poder Judiciário nesse sentido está contemplada no instituto do *cram down*, que como já se viu foi abraçado na lei recuperacional vigente.

A partir da discricionariedade do magistrado, pode-se verificar a atuação do Poder Judiciário de forma a garantir preservação da empresa, e não apenas o interesse dos credores. Nesse contexto observa-se que o Poder Judiciário atua como unidade importante da sustentabilidade econômica da empresa.

No mais, é relevante que o Poder Judiciário esteja capacitado, visando atender e compreender o procedimento recuperatório e atuando na celeridade do processo judicial.⁵⁰ Nesse sentido aduz Manoel Justino Bezerra Filho:

[...] há urgente necessidade de que o juiz que cuida desses procedimentos tenha uma assessoria técnica por parte de administradores, economistas e contadores, preferencialmente corpo técnico de carreira do próprio Judiciário, para que todos esses aspectos econômicos determinantes possam ser corretamente avaliados pelo magistrado que, à semelhança dos advogados não tem formação econômica, contábil, empresarial, o que seria suprido pelo corpo técnico profissional.⁵¹

O terceiro fator mencionado diz respeito à efetividade da referida lei no ordenamento jurídico brasileiro (iii) e faz relação ao investimento por parte do Estado para revitalizar as empresas nacionais, com adoção de políticas pertinentes para alcançar tal fim, além da criação de instrumentos para orientação aos empresários inviáveis, incentivando as novas empresas no mercado⁵². Nesse sentido Carlos Roberto Claro alerta:

⁴⁹ CEREZETTI, Sheila Christina Neder. A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 216.

⁵⁰ PERIN JUNIOR, Écio. A polêmica chamada “trava bancária”: efeitos da alienação e cessão fiduciária de recebíveis em garantia na recuperação judicial. IN: BRUSCHI, Gilberto Gomes et al. *Direito processual empresarial: estudos em homenagem ao Professor Manoel de Queiroz Pereira Calças*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 216.

⁵¹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 53-54.

⁵² CLARO, *op.cit.* p. 186.

Para a completa (e necessária) efetividade da lei, e aqui não se está a falar em eficiência, que é outro termo, completamente diverso, o país ainda carece de incentivo por parte do Estado, com programas de revitalização das empresas nacionais, políticas empresariais voltadas a orientar, conduzir os rumos das empresas que estão nascendo, e na grande maioria das vezes têm seus quadros ex-funcionários de grandes corporações, e que resolvem enfrentar o mercado competitivo, virando verdadeiros empreendedores, na maioria das vezes sem qualquer suporte ou mesmo experiência para ficar no outro lado da mesa, e apenas têm a notícia de que poderão lucrar no mercado, olvidando de ler a cartilha do bom senso e da prudência quando se coloca em mesa os interesses da empresa, se seus colaboradores e da comunidade como um todo.⁵³

Por fim, no tocante a efetividade da referida lei visando a preservação da empresa em crise, coloca-se a necessidade de sua flexibilização, a fim de que se possa analisar cada empresa em suas dificuldades, com soluções de acordo com suas necessidades de recuperação.

Nesse sentido, afigura-se adequada a previsão de prazos mais longos e procedimentos mais céleres, especialmente para as empresas menores, porquanto isso também expressa o do princípio da função social que deve nortear a ordem econômica, conforme lê-se no inciso IX do artigo 170 da Constituição Federal.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve por escopo analisar o princípio da preservação da empresa em sua interligação com o princípio da função social no âmbito da Lei 11.101/05, Lei da Recuperação Judicial e Falência.

Após análise dos itens necessários para responder à questão colocada verificou-se que o princípio da preservação da empresa, previsto na Lei 11.101/05 está diretamente relacionado à função social da empresa e decorre do reconhecimento dos efeitos negativos que o fechamento da empresa acarreta no meio social e econômico.

Adentrando-se ao tema principal do presente artigo, abordou-se a Assembleia Geral de Credores. As assembleias são dotadas de autonomia em suas decisões. Entretanto, muitas vezes os credores que integram a Assembleia-Geral buscam apenas reaver seus créditos e, nesse passo, a função social da empresa fica em plano secundário. Assim, necessária a

⁵³ CLARO, *op.cit.*, p. 186.

intervenção do Poder Judiciário para fiscalizar a atuação dos credores em suas decisões e conduta da empresa no momento de crise econômico-financeira.

A discricionariedade do magistrado presente nas situações de *cram down*, evitando abusos e irregularidades, se revela fundamental para efetividade da lei em garantia de que sejam resguardados os direitos voltados à preservação da empresa. Assim, no presente artigo, abordou-se a importância da função jurisdicional para bom andamento do processo de recuperação a fim de evitar favorecimentos indevidos, para que o princípio da preservação da empresa não fique apenas na teoria.

No mais, suscitou-se que para melhor alcance da preservação da empresa se faz necessário a adoção de políticas públicas para revitalizar empresas nacionais a fim de possibilitar a perpetuidade das novas empresas, bem como a flexibilização da legislação, com a previsão de prazos mais longos e procedimentos mais céleres, especialmente para as empresas menores, porquanto isso também expressa o princípio da função social que deve nortear a ordem econômica, conforme lê-se no inciso IX do artigo 170 da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 53-54.

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

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil Brasileiro. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 20 out. 2014

_____. **Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Lei de recuperação judicial, extrajudicial e falência Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em 20 out. 2014

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência**. São Paulo: Malheiros, 2012.

CLARO, Carlos Roberto. **Recuperação judicial: sustentabilidade e função social da empresa**. São Paulo: LTr, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Estado, empresa e função social**. Revista dos Tribunais, ano 85, v. 732, São Paulo, p. 45, out. 1996.)

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). **Comentários à nova lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Quartier LATIN, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse da propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **A lei das S.A.** Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro, falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, v. 4, 2006.

MENEZES, Wagner. Direito internacional, empresa e sustentabilidade. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZAROBBA, Orides (Coords.); MAILLART, Adriana Silva (Org.). **Justiça, empresa e sustentabilidade**, v. 2, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

MEZZAROBBA, Orides. MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes (coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NALIN, Paulo. **Do Contrato: conceito pós-moderno**. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional, vol. II, Curitiba: Juruá, 2001.

NEGRÃO, Ricardo. A preservação da função social como objetivo da recuperação judicial da empresa. BRUSCHI, Gilberto Gomes et al. **Direito processual empresarial: estudos em homenagem ao Professor Manoel de Queiroz Pereira Calças**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

OLIVEIRA, José Antônio Puppim de. **Empresas na sociedade: sustentabilidade e responsabilidade social**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PERIN JUNIOR, Écio. A polêmica chamada “trava bancária”: efeitos da alienação e cessão fiduciária de recebíveis em garantia na recuperação judicial. IN: BRUSCHI, Gilberto Gomes et al. **Direito processual empresarial: estudos em homenagem ao Professor Manoel de Queiroz Pereira Calças**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 216.

PUGLIESI, Adriana Valéria. **Direito falimentar e preservação da empresa**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2013.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de empresas: de acordo com a lei 11.101**. Barueri: Manole, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. **O direito ao desenvolvimento na doutrina humanista do direito econômico**. São Paulo, 2006 b. Tese (Doutorado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

TADDEI, Marcelo Gazzi. Aspectos relevantes da assembleia geral de credores no processo de recuperação judicial. IN: BRUSCHI, Gilberto Gomes et al. **Direito processual empresarial: estudos em homenagem ao Professor Manoel de Queiroz Pereira Calças**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.