

CONSIDERAÇÕES SOBRE A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO REGIME BRASILEIRO DE INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL

Roseli Rêgo Santos*

RESUMO

Este trabalho resulta da análise da Lei n. 11.101/2005 (Lei de Recuperação de Empresas e Falência) à luz da função social da empresa. Inicialmente, foi feita uma abordagem sumária do significado e importância do direito falimentar como um ramo que atinge não somente a esfera jurídica, mas também a esfera social e econômica. Assim verificou-se que as transformações ocorridas no sistema econômico atual exigem uma legislação que permita a manutenção da empresa e não apenas a sua liquidação e a satisfação dos credores. Num segundo momento, foi realizado um estudo sobre a tutela jurídica e o bem jurídico protegido na preservação da empresa a partir da análise da função social da empresa como um fenômeno que decorre do condicionamento da atividade econômica à justiça social. Na última parte do trabalho, verifica-se como contribuição algumas demonstrações dos efeitos da aplicação da função social da empresa na Lei n. 11.101/2005, as quais consubstanciam um instrumental indispensável para que a atividade econômica auxilie na proteção e na concretização de direitos fundamentais. São elas: a preservação da empresa, a recuperação das empresas viáveis, a proteção aos trabalhadores, a preservação do crédito, a celeridade e eficiência dos processos judiciais e a maximização dos ativos do falido.

Palavras-chave: Direito empresarial. Função social da empresa. Falência. Recuperação de empresas.

ABSTRACT

This work results of the analysis of the Brazilian Federal Law 11.101 from 2005 (Brazilian Law of Recovery and Bankruptcy) in the corporate social role. The first step in this paper resides on a summary narrative of the meaning and importance of the Bankruptcy Law as a branch that involves not only the judicial sphere, but also the social and economic matters. This way, it was possible to verify that the transformations occurred in the actual economic system demand a legislation to allow the maintenance of the corporation and not only its liquidation and satisfaction of its creditors. On a second moment, were done studies about the jurisdiction guardianship and the objects of its protection in the preservation of the company, from the analysis of the corporate social role, as a phenomenon that elapses from the conditioning of the economical activity to the social justice. In the last part of this work, it's possible to verify as a contribution some of the demonstrations of the effects that result from the application of the corporate social role in the Law 11.101 of 2005, which result as a indispensable instrument so

* Mestra em Direito Privado e Econômico (UFBA), Especialista em Direito Empresarial (UFBA), Professora de Direito Empresarial da Universidade Salvador e Advogada.

that the economical activity help on the protection and realization of the fundamental rights. These demonstrations are: the preservation of the company, the recovery of the viable corporations, the protection of the labors, the preservation of the credit, the speeding and efficiency of the judicial processes and the maximization of the bankrupted assets.

Keywords: Corporate Law. Corporate social role. Bankruptcy. Company recovery.

INTRODUÇÃO

A capacidade do empresário de reunir capacidades específicas e oferecer produtos e serviços demonstra a sua importância nos mais variados aspectos humanos. A análise do regime de insolvência empresarial reflete uma interferência não somente na esfera jurídica, mas também na esfera social e econômica, a partir das quais são construídos os pilares para a formulação de uma teoria da função social da empresa.

Depois de uma longa discussão no Congresso Nacional, foi promulgada a Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, conhecida como “Lei de Recuperação de Empresas e de Falências”, a qual criou dois mecanismos de recuperação (extrajudicial e judicial) e aprimorou o instituto da falência.

O caráter socializante presente na Lei n. 11.101/2005 reflete a funcionalização da empresa no direito falimentar brasileiro, sendo este o enfoque dado no presente trabalho.

Inicialmente, será feita uma abordagem acerca do significado e importância da falência como um fenômeno que atinge tanto os aspectos econômicos como os sociais. Em seguida, será realizado um breve estudo sobre a função social da empresa, para então estabelecer uma relação entre esse princípio e o novo diploma que alterou os princípios do regime falimentar brasileiro, privilegiando a manutenção da atividade empresária, dos postos de trabalho, da fonte arrecadadora de tributos e representou uma grande mudança na cultura jurídica, com incidência direta nas relações entre o empresário devedor e os agentes envolvidos com a sua atividade.

Na última parte do trabalho, foi realizada uma análise de alguns pilares que demonstram a presença da função social da empresa no novo regime de recuperação e falência, o que representa um significativo avanço da legislação pátria no tratamento da atividade empresária.

1 SIGNIFICADO E IMPORTÂNCIA DO REGIME FALIMENTAR

O verbete *falir*, etimologicamente, deriva do latim *fallere*, e exprime a mesma coisa que faltar com o prometido, enganar, omitir-se. O vocábulo derivado – falência¹ – representa o mesmo que falta, insolvência, ruína, quebra.²

A falência é um fenômeno que atinge não somente a esfera jurídica, mas também a esfera social e econômica³ em que uma organização empresarial encontra-se inserida. Alfredo Rocco⁴ considera que a falência, como um fenômeno econômico, é um fato patológico do desenvolvimento da economia creditícia, é o efeito do anormal funcionamento do crédito⁵. Para Carvalho de Mendonça⁶, ela “designa a situação daquele que, tendo recebido uma prestação, não dispõe de valores realizáveis suficientes para satisfazer, no momento exato, a contraprestação a que se obrigou”.

Esse funcionamento anormal da atividade empresária denomina-se crise. Fábio Ulhoa Coelho⁷ estabelece a distinção entre três tipos de crise: econômica, financeira e patrimonial. Por crise econômica, o autor entende como a retração substancial nos negócios desenvolvidos pela sociedade, em outros termos, quando os consumidores não adquirem mais em igual quantidade os bens ou serviços oferecidos. A crise financeira ocorre quando o empresário

¹ A palavra quebra foi utilizada desde as Ordenações Portuguesas, muito antes da palavra falência nos textos legislativos. Bancarrota também era um termo utilizado. Tem origem da expressão italiana *banco rotto* (banco quebrado). Essa expressão provinha do costume de os credores do falido lhe quebrarem o banco, ou banca sobre o qual mostrava o que tinha para vender (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, v. 7, p. 9).

² *Ibid.*, p. 7.

³ Para Alfredo Rocco “*Lo studio del fallimento como fenômeno economico è l'indagine preliminare con cui se aprono necessariamente le nostre ricerche: qui, como negli altri campi del diritto, la sostanza determina la forma, e la conoscenza dei rapporti sociali è un presupposto indispensabile per la conoscenza delle norme giuridiche, che quei rapporti vogliono regolare.*”(ROCCO, Alfredo. **Il fallimento: teoria generale ed origine storica**. Turim: Bocca, 1917, p. 3).

⁴ ROCCO, Alfredo. **Il fallimento: teoria generale ed origine storica**. Turim: Bocca, 1917, p. 4.

⁵ O sistema de crédito funciona normalmente quando a capacidade empreendedora se demonstra real e justificada, ou seja, a expectativa do bem futuro suficiente para a contraprestação é fundado em um bem atual possuído de valor. Quando falta essa expectativa ou falta algum fundamento na realidade, ou é existente em princípio, mas deixa de existir por uma causa superveniente, o sistema de crédito não pode se tornar perfeito sendo produzido um desajuste denominado falência. A falência é conseqüentemente um estado de desequilíbrio entre os valores realizáveis e a prestação a ser executada (ROCCO, Alfredo. **Il fallimento: teoria generale ed origine storica**. Turim: Bocca, 1917, p. 5.)

⁶ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, v. 7, p. 8.

⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de Falências e de Recuperação de Empresas: lei n. 11.101, de 9-2-2005**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 22.

não tem disponibilidade para adimplir suas obrigações. É a crise de liquidez. A exteriorização dessa crise é a impontualidade. A crise patrimonial é a insolvência real, ou seja, é a insuficiência do ativo para satisfazer o passivo.

A partir da definição de crise é possível perceber que a insolvência empresarial gera reflexos socioeconômicos que se devem, atualmente, à complexidade dos negócios entabulados por um empresário, os quais envolvem fornecedores, clientes, empregados, dentre outros. A mundialização da economia, a interdependência existente entre diversas atividades produtivas e as redes de conexões estabelecidas entre agentes econômicos agravam ainda mais os efeitos que a quebra de determinados organismos empresariais ocasionam à sociedade e podem gerar uma reação em cadeia e provocar uma desarmonia com repercussão na economia em geral.

Diante do contexto atual, o avanço das organizações empresariais no âmbito socioeconômico e jurídico necessita de uma legislação que permita a manutenção da empresa e não apenas a sua liquidação e a satisfação dos credores. Assim, não se admite mais um regime jurídico de insolvência empresarial pautado na intolerância e severidade da falência como instrumento de vingança pessoal contra o devedor⁸.

No Brasil, em 1945, época em que a indústria brasileira ainda era embrionária, surgiu o Decreto-lei n. 7.661/1945. Este decreto promoveu a ampliação dos poderes do magistrado e reduziu a participação dos credores na falência e na concordata. A concordata⁹ suspensiva e a preventiva eram procedimentos que consistiam em um benefício outorgado pelo Estado¹⁰, desde que cumpridas as formalidades legais¹¹.

⁸ Essa característica era presente no antigo direito Romano a partir da medida de *manus injectio*, posteriormente, o caráter punitivo não foi afastado do sistema de execução patrimonial denominado *bonorum venditio* e *missio in possessionem* e mesmo com o advento do Código Comercial Francês de 1807, cuja aplicação era restrita ao devedor comerciante, o sistema jurídico de insolvência continuava a impor severas restrições ao falido, mantendo o caráter penalista do instituto.

⁹ A concordada pode ser definida como “um acordo especial entre o devedor e os seus credores quirografários, unânimes, ou representados por certa maioria, tendo por fim evitar a declaração da falência, ou fazer cessar os efeitos da que já existe declarada” (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, v. 8, p. 330.).

¹⁰ No Decreto-lei n. 7.661/1945, a concordata consistia em um favor legal conferido ao empresário de boa-fé. As normas que a regiam impediam qualquer inovação na tentativa de composição da dívida que se afastasse dos parâmetros formais e materiais estabelecidos. Não era possível inovar para gerar novos recursos, nem estabelecer acordos diretamente com os credores ou diversos dos estabelecidos na lei. O devedor estava preso à fórmula legal sob pena de quebra.

¹¹ Os arts. 140 e 158 previam uma série de formalidades que deveriam ser provadas pelo devedor para que pudesse fazer *jus* ao benefício da concordata: “Art. 140. Não pode impetrar concordata: I - o devedor que deixou de arquivar, registrar, ou inscrever no registro do comércio os documentos e livros indispensáveis ao exercício legal do comércio;

Contudo, a concordata era ineficiente para atender as necessidades de reestruturação do passivo das empresas e a sua retomada para uma situação de normalidade¹². Além disso, o processo de falência passou a servir como um instrumento de cobrança. A tramitação complexa e a sistemática legal de venda do ativo, a qual ocorria somente no final do processo de falência, resultava na obsolescência e imprestabilidade dos bens do devedor e frustrava o recebimento dos créditos da grande maioria dos credores. O devedor não conseguia extinguir suas obrigações e permanecia inabilitado para o exercício da atividade empresária por longos períodos.

Enfim, o Decreto-lei n. 7.661/1945 não se ajustava com as tendências de preservação da empresa como um ente produtivo, capaz de promover a circulação de bens e serviços, a geração de riquezas, a criação e manutenção de empregos, de satisfazer as necessidades socialmente úteis, de servir como fonte pagadora de tributos e como um meio de desenvolvimento de novas tecnologias. Ou seja, com a modificação do cenário econômico, a legislação falimentar tornou-se incompatível com a complexidade, sofisticação e desenvolvimento da atividade empresária.

Enquanto a nova lei não chegava, era possível verificar decisões de diversos tribunais¹³ que abrandavam o rigorismo e o formalismo do Decreto-lei n. 7.661/1945, que se mostrava superado no aspecto de preservação da empresa como atividade.

II - o devedor que deixou de requerer a falência no prazo do art. 8º; III - o devedor condenado por crime falimentar, furto, roubo, apropriação indébita, estelionato e outras fraudes, concorrência desleal, falsidade, peculato, contrabando, crime contra o privilégio de invenção ou marcas de indústria e comércio e crime contra a economia popular; IV - o devedor que há menos de cinco anos houver impetrado igual favor ou não tiver cumprido concordata há mais tempo requerida.”

“Art. 158. Não ocorrendo os impedimentos enumerados no art. 140, cumpre ao devedor satisfazer as seguintes condições: I - exercer regularmente o comércio há mais de dois anos; II - possuir ativo cujo valor corresponda a mais de cinquenta por cento do seu passivo quirografário; na apuração desse ativo, o valor dos bens que constituam objeto de garantia, será computado tão a somente pelo que exceder da importância dos créditos garantidos; III - não ser falido ou, se o foi, estarem declaradas extintas as suas responsabilidades; IV - não ter título protestado por falta de pagamento.”

¹² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Empresa, Fazenda Pública e a nova Lei de Recuperação. **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n. 3, p. 25-43, jan./jun. 2005, p. 27.

¹³ “CONCORDATA - Convolação em falência - Não cabimento - Distribuições cíveis ou execuções fiscais - Inexistência - Protestos tirados às vésperas da distribuição da moratória legal - Empresa em funcionamento e que possui razoável estoque de mercadorias - Dificuldades financeiras momentâneas - Caracterização - Fraude ou má-fé dos sócios - Ausência de prova inequívoca - Falência afastada - Recurso provido [...] A agravante não possui contra si distribuições cíveis, inclusive execuções fiscais (fls. 34/36), e os protestos contra ela foram tirados praticamente às vésperas da distribuição da moratória legal (fls. 37/51). Além disso, está em funcionamento com sete funcionários e possui razoável estoque de mercadorias para as suas reduzidas dimensões, conforme auto de constatação de fls. 275. Trata-se, assim, de pequena empresa familiar, que se encontra em dificuldades financeiras momentâneas, certamente

A inadequação do regime jurídico falimentar à realidade socioeconômica brasileira levou à elaboração do Projeto de Lei n. 4.376/1993, depois transformado na Lei n. 11.101/2005, de 09/02/2005, que entrou em vigor no dia 10 de junho do mesmo ano. Com a denominação de Lei de Recuperação e Falência, este diploma legal extinguiu o instituto da concordata, criou a recuperação judicial e extrajudicial e manteve a falência com alterações.

A instauração desse novo regime de insolvência empresarial revela que, na atual evolução da empresa como um fenômeno econômico, é possível perceber que o liberalismo econômico perdeu o espaço que tinha, pois os processos econômicos não poderiam mais ser concebidos “enquanto movimentos de um sistema econômico auto-regulativo”¹⁴. Contudo, também, não se pode pregar a adoção de uma política totalmente desregulamentadora, diante das imperfeições que o mercado apresenta, onde empresas que não planejam suas ações e são atingidas pela falência, acabam por afetar outras organizações empresariais com grandes perspectivas de crescimento.

Da mesma forma, não é possível estabelecer um tratamento inflexível às disfunções encontradas no mercado, sob pena de inviabilizar a manutenção de diversos empreendimentos recuperáveis, afetando interesses generalizados. Assim, a atividade

agravadas pela grave conjuntura por que passa a economia nacional. Mas é possível que, com algum esforço, essas dificuldades possam ser superadas, até porque não há prova inequívoca de fraude ou má-fé dos seus sócios.” (Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador Sousa Lima, Agravo de Instrumento n. 245.840-4/5, 11/09/2002).

“Concordata preventiva convalidação em falência possibilidade de recuperação da empresa com o pagamento de todos os débitos revogação cabimento. Agravo provido em parte. [...] Constando que a concordatária teria quitado todos os credores quirografários, à exceção do Banco Itaú S.A. com quem entrou em composição, o qual inclusive manifestou a sua aquiescência à pretensão recursal, (fls. 211/213), e afirmando a agravante que nunca chegou a fechar totalmente as suas portas, estando hoje em dia em pleno funcionamento, pagando o débito fiscal em parcelas, melhor será a revogação da convalidação da concordata em falência tendo em vista o interesse na preservação da empresa” (Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador Testa Marchi, Agravo de Instrumento n. 212.965.4/9, 22/02/2002).

“Concordata - Requisitos - Processamento deferido após a perícia haver constatado a possibilidade concreta de recuperação da empresa e a inexistência de indícios de desvios - Existência de outra proposta, extrajudicialmente encaminhada aos credores, que não indica, desde logo, que deixará a agravada de cumprir a concordata - Recurso improvido” (Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador Elliot Akel, Agravo de Instrumento n. 348.498.4/4, 08/03/2005).

“Concordata Preventiva - Conversão em falência - Dívida sujeita aos efeitos da concordata que vem sendo liquidada pela agravante por meio de tratativas diretas com os credores - Demonstração nos autos de que a concordatária encontra-se em plena atividade, com perspectivas de recuperação - Inexigibilidade da imediata demonstração da quitação dos débitos fiscais - Quebra prematura da empresa que não se justifica - Recurso provido para afastar o decreto de falência e determinar o processamento da concordata” (Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador Elliot Akel, Agravo de Instrumento n. 312.349.4/7, 11/08/2005).

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Tradução Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980, p. 71.

governamental torna-se necessária para prover a segurança jurídica e econômica que o modo de produção atual exige, sendo necessário equilibrar os interesses individuais e coletivos.

A regulação da atividade empresarial deve se adequar à realidade econômica de forma que não constitua um empecilho ao processo de desenvolvimento econômico e à distribuição de renda na sociedade.

O movimento de constitucionalização e socialização do direito privado mostra um deslocamento ainda maior da matéria do direito falimentar do campo privado para o público¹⁵. Percebe-se uma evolução de um instituto antes voltado para a tutela dos interesses dos credores no pagamento dos respectivos créditos, com um significado meramente liquidatório, para um instituto renovado por finalidades recuperatórias e saneadoras. Esse novo sistema tem o objetivo de eliminar as empresas financeiramente ou economicamente inviáveis e recuperar, reorganizar e conservar as empresas viáveis.

Essa transformação deriva da realização dos princípios constitucionais, que tiveram sua eficácia reconhecida pelo legislador infraconstitucional¹⁶. O título da Carta Constitucional destinado à ordem econômica¹⁷ traduz a intervenção do Estado no campo da atividade econômica, ou seja, expressa a atuação estatal no campo privado¹⁸.

¹⁵ Carlo D'Avack analisa a finalidade da falência e a sua importância econômica a justificar o interesse do Estado: *“Dopo quanto esposto penso che tranquillamente possa affermarsi che lo scopo, il fine ultimo del fallimento sia un altro e veramente determinato dall'interesse statale alla difesa del credito e dell'economia generale e che questo scopo consista nel togliere dal mondo commerciale gli organismi dissestati, quegli organismi che si trovino cioè in condizioni tali che la prosecuzione della loro attività possa essere di grave pregiudizio per tutti gli altri che vengono in contatto con loro. Questo è veramente un fenomeno di importanza economica generale atto a giustificare l'interesse dello Stato al fallimento e nel fallimento; se infatti si studia la vita de un'azienda commerciale, se si prendono in esame i molteplici rapporti che essa di necessità viene ad instaurare con altre aziende ed i legami che fra di queste si costituiscono e se infine si osserva attentamente quel fenomeno che possiamo chiamare di interdipendenza economica delle aziende, per cui l'una alimenta la vita dell'altra e da questa stessa ricava le seu sorgenti di vita e per il quale il dissesto dell'una può facilmente trascinare tutti gli altri organismi collegati, si scorge appieno come uesto sia un fenomeno economico che esula dal campo dell'interesse privato per entrare in quello dell'interesse essenzialmente pubblico”* (D'AVACK, Carlo. *La natura Giuridica del Fallimento*. Padova: Cedam, 1940, p. 20).

¹⁶ Nesse sentido Washington Luiz da Trindade afirma: “[...] é indispensável estudar, no sistema normativo constitucional, os princípios e mecanismos que modelam leis e decretos na criação de órgãos e de relações econômicas cuja força de incidência, em alguns casos, decorre do próprio texto maior” (TRINDADE, Washington Luiz da. **Regras de Aplicação e Interpretação no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1995, p. 114).

¹⁷ Ordem econômica é definida por Eros Roberto Grau como “o conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: Interpretação e crítica. 12. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2007, p. 72.)

¹⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: Interpretação e crítica. 12. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2007, p.93.

De acordo com o art. 170 da Constituição Federal, a ordem econômica tem o fim de assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios indicados, tais como: soberania nacional; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

A partir desses princípios, o direito falimentar atual deve ser analisado e aplicado à luz da Constituição Federal, de forma a conferir plena efetividade às normas e atender aos valores identificados como preponderantes em nosso ordenamento jurídico.

2 FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

As transformações que a sociedade enfrentou provocam mudanças no Direito, ao longo do tempo, reformulando os princípios e os paradigmas legais. Os movimentos renovadores trazidos com a evolução do capitalismo industrial e a série de problemas desencadeados após a Primeira Guerra Mundial trouxeram importantes alterações à vida econômica e às instituições fundamentais do Direito Privado desde o final do século XIX.

Com o constitucionalismo social, a partir do século XX, o Estado passou a regular a ordem econômica e social e a intervir na liberdade econômica, no sentido de promover a igualdade substancial, sem que isso implicasse em um sacrifício total da autonomia da vontade¹⁹.

A concepção do Estado Social de Direito caracteriza-se pelo intervencionismo estatal com fins de solidariedade e justiça social. Esse regime possibilitou o surgimento de novos direitos (direito ao trabalho, à habitação, à saúde, à cultura, à educação, à seguridade social, ao meio ambiente etc.), direitos esses, distintos dos anteriores direitos de liberdade clássicos (liberdade, igualdade formal e propriedade), pois importam em um comportamento positivo do Estado.²⁰

Inicia-se com isso, um processo de convergência do Direito Público com o Direito Privado, em que o Estado passa a intervir em áreas que estavam sob o arbítrio da vontade dos

¹⁹ Esta limitação aqui imposta se dá em favor da coletividade.

²⁰ ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 27-28.

particulares. Aliado a esse processo, ocorre a constitucionalização de institutos e princípios fundamentais de institutos do Direito Privado como a propriedade, o contrato e a empresa.

Para Paulo Luiz Netto Lobo²¹, a constitucionalização tem por finalidade submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Assim, a atuação do Estado, deve fazer prevalecer o interesse coletivo e garantir o espaço público de afirmação da dignidade humana²².

Atualmente, as constituições não são apenas meras exteriorizações políticas, com as declarações de garantia e o mecanismo legal e administrativo do Estado. Elas passaram a incorporar os princípios sobre o regime jurídico do Direito Privado, e estabelecem normas que limitam a esfera de ação e de liberdade dos legisladores. Todos esses princípios e regras típicos do Direito Privado, incluídos no texto constitucional, determinam e direcionam a interpretação das normas infraconstitucionais²³.

Nesse passo, a doutrina da função social surge com o intuito de limitar os institutos de conformação nitidamente individualista e de redefinir outros princípios do direito privado, que afetam equilíbrio social e o interesse coletivo. A função social busca conferir aos sujeitos não só uma igualdade em seu aspecto formal, mas uma igualdade substancial que possa corrigir as distorções sociais. O bem estar coletivo e, portanto, o bem estar individual, é o propósito que persegue a socialização do direito, que encontra na lei o meio eficaz para anular as diferenças biológicas e econômicas dos indivíduos e para restabelecer o princípio da igualdade substancial, que agora funciona com um conteúdo de origem social, destinado a assegurar uma existência digna do homem.²⁴

A análise da função social requer a delimitação do significado de seu termo. A palavra função origina-se do latim *functio*, de *fungi* (exercer, desempenhar), denotando exercício, cumprimento, execução de determinada tarefa. O substantivo *functio*, é derivado do verbo *fungor*

²¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999, p. 101.

²² *Ibid.*, p. 102.

²³ Nesse sentido Paulo Luiz Netto Lôbo afirma: “a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999, p. 100).

²⁴ GUIJARRO, Enrique Díaz. **Transformaciones Modernas del Derecho Civil**. Buenos Aires: Antologia Jurídica, 1935, p. 19-20.

(*funtus sum, fungi*), cujo significado principal é de cumprir algo, ou desempenhar-se de um dever ou uma tarefa. O termo função é utilizado no direito, para indicar a finalidade legal de um instituto jurídico, ou seja, o bem ou valor em razão do qual existe um conjunto estruturado de normas.²⁵

Fabio Konder Comparato ensina que na análise do conceito abstrato de função, em suas múltiplas espécies, verifica-se que o objetivo perseguido pelo agente é o interesse alheio, e não o do próprio titular do poder. O exercício de uma atividade é um poder-dever, na acepção positiva de algo que deve ser feito ou cumprido.²⁶

De acordo com o que foi dito, para definir função social da empresa, é preciso caracterizar a empresa como atividade que não se encontra restrita aos interesses particulares e objetivando o lucro, mas também como uma atividade cujo perfil funcional visa ao atendimento de interesses coletivos.

A empresa, sob seu aspecto funcional, possui grande relevância social, vez que é responsável pelo oferecimento de emprego, pelo recolhimento de impostos e contribuições sociais e pela produção de bens e serviços que suprirão as necessidades humanas e promoverão o desenvolvimento sócio-econômico. Sob uma visão coletivista, a empresa deve levar em conta os vários interesses envolvidos em sua estrutura: consumidores, concorrentes, sócios, investidores, empregados, fornecedores, Estado e sociedade.

Assim, é nas relações externas da empresa que se apresenta de forma mais clara a função social. Isso porque a função é um poder de atuar sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de terceiros, os quais poderão ser, por vezes, pessoas indeterminadas. A partir desse poder, verifica-se a necessidade de impor deveres positivos à empresa, numa concepção jurídica intervencionista, a qual objetiva o equilíbrio das relações sociais desiguais.

A função social da empresa decorre do condicionamento da atividade econômica à justiça social²⁷ e assume o papel de fundamento que confere unidade de sentido aos demais princípios. Não poderá suprimir as liberdades e os direitos dos empresários, nem tornar a empresa

²⁵ COMPARATO, Fabio Konder. Estado, Empresa e Função Social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n° 732, out. de 1996, p. 40.

²⁶ *Ibid.*, p. 41.

²⁷ Previsto no art. 170 da Constituição Federal.

um meio para os fins da sociedade²⁸, mas terá como objetivo mostrar o compromisso e as responsabilidades da empresa, reinserindo a solidariedade social²⁹ na atividade econômica.³⁰

Especialmente no direito empresarial, a lei será o instrumento que possibilitará a preservação dos interesses sociais e a aplicação da função social da empresa, quando a relação entre particulares causar efeitos externos prejudiquem injustamente os interesses da comunidade ou de estranhos ao vínculo negocial.

3 FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NA LEI N.11.101/2005

A Lei n. 11.101/2005 resultou de uma mudança de paradigma jurídico-cultural proporcionada pela constitucionalização, socialização e funcionalização do Direito Privado. Verificou-se a remodelação de um regime que refletia uma ótica liquidatória preponderante e objetivava a repressão ao inadimplemento do devedor, para outro regime pautado em princípios que resguardam os interesses dos mais diversos agentes envolvidos no desenvolvimento da atividade empresária.

Assim, por esse novo regime, as empresas que se encontram em dificuldades e deixam de honrar suas obrigações merecem a tutela do Estado, pois que são organizações produtivas e geram riquezas da mesma forma que as solventes, com a diferença de que seu passivo encontra-se desestruturado. Por isso, se verifica a importância do tratamento da falência sob o prisma da função social da empresa.

²⁸ Nesse sentido, Marcia Carla Pereira Ribeiro mostra que “Havendo compatibilização entre lucro e função social da empresa, as desigualdades sociais se amenizam e, salvo quando diante de situações absolutamente excepcionais, o Estado deve se abster de qualquer atuação direta na economia.” (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada: estrutura e função**. Curitiba: Juruá, 2004.)

²⁹ Ao tratar do conceito da solidariedade, Pietro Perlingieri defende que não é possível estabelecer uma paridade de valoração entre a pessoa e uma formação social, atribuindo a esta um valor em si. As formações sociais somente terão valor constitucional se atenderem à função do livre desenvolvimento da pessoa. Daí a necessidade de estabelecer uma graduação entre as formações sociais, não sendo possível colocar no mesmo plano, por exemplo, uma família, uma empresa, um sindicato e uma associação, porque em cada uma delas existe uma diversidade de funções. Cada uma dessas entidades sociais deve ser controlada de acordo com sua específica função sócio-econômica, de forma a possibilitar a tutela da pessoa e de seus direitos inalienáveis e fundamentais. Controlar os atos e as atividades de uma entidade ou formação social significa garantir o respeito à dignidade das pessoas que dela fazem parte. (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3. ed. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 37).

³⁰ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e propriedade: função social e abuso do poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 281.

A elaboração dos dispositivos da Lei n. 11.101/2005 fundou-se na função social da empresa a partir de alguns pilares³¹, dentre os quais pode-se destacar: a) a *preservação da empresa*; b) *recuperação das empresas viáveis*; c) *proteção aos trabalhadores*; d) *preservação do crédito*; e) *celeridade e eficiência dos processos judiciais*; f) *maximização dos ativos do falido*.

3.1 PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

O direito falimentar evoluiu no sentido da preservação da empresa. Essa preservação está direcionada à atividade e dissociada da figura do empresário ou daquele que de alguma forma a controla através da participação societária ou como administrador.

Numa visão moderna, a empresa é uma organização social no sentido de que serve ao empresário e aos interesses da sociedade em geral³². Para o empresário e os investidores, a empresa figura como fonte geradora de lucros retributivos do capital investido em sua constituição e desenvolvimento. Para a sociedade, ela funciona como fonte geradora de empregos, recolhimento de tributos e produção ou circulação de bens e serviços necessários à satisfação das necessidades socialmente úteis.

A partir da concepção descrita, verifica-se a importância da empresa para a economia nacional. Dessa forma, deve ser objetivo do operador do direito o interesse social e econômico envolvido na sua preservação.

Para atender a um interesse econômico e social deve-se buscar a preservação da empresa como atividade³³, sendo possível eliminar o empresário ao mesmo tempo em que a empresa é conservada. Nesse sentido, ela será transferida a um agente econômico idôneo que possa aproveitar os recursos organizados e valorizados pelo antigo empreendedor. “Isso confirma que, pelo princípio da preservação da empresa, o interesse social pela continuidade da atividade empresarial está acima do interesse individual do sócio”³⁴.

³¹ CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **Fundamentos do Direito Falimentar**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 29-31.

³² PERIN JÚNIOR, Ecio. **Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006, p. 56.

³³ Daí a relevância na separação do conceito de empresa e empresário.

³⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.205.

Nesse sentido, o art. 47³⁵ da Lei n. 11.101/205 funciona como diretiva de interpretação, como norma-objetivo³⁶ que tem a finalidade de fixar os propósitos a serem atingidos ou expressar os resultados concretos que devem ser alcançados pelos seus destinatários.

A observância do disposto no art. 47 da Lei n. 11.101/2005 deve ter por finalidade a realização máxima do bem-estar econômico e coletivo. Sendo assim, pode ser considerado um mandamento nuclear da recuperação e todos os demais dispositivos devem ser interpretados a partir de sua moldura. Verifica-se nesse dispositivo que a superação da crise econômico-financeira do empresário devedor será destinada a permitir a preservação não somente dos interesses do empresário, mas também dos credores, trabalhadores, consumidores, dentre outros.

3.2 RECUPERAÇÃO DAS EMPRESAS VIÁVEIS

A recuperação de empresas é um instituto jurídico, que tem fundamento na ética da solidariedade e visa reparar o estado de crise econômico-financeira do empresário, com o objetivo de preservar os negócios sociais e a atividade empresarial, garantir a manutenção dos empregos e assegurar a satisfação, ainda que parcial, dos interesses dos credores³⁷.

A empresa, como uma unidade econômica, é considerada um centro de equilíbrio econômico-social. É fonte produtora de bens, serviços, empregos e tributos que garantem o desenvolvimento econômico e social de um país. A sua manutenção não interessa somente ao empresário, mas também a todos os agentes econômicos envolvidos. Por isso, a solução para a crise passa por uma fase de equilíbrio entre os interesses públicos, privados e coletivos.³⁸

³⁵ Lei n. 11.101/2005, 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.”

³⁶ Essas expressões são utilizadas por Alberto Camiña Moreira (MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da Assembléia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 265).

³⁷ LOBO, Jorge. Comentários aos artigos 35-69. In: TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRAO, Carlos Henrique (Coords). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 121-122.

³⁸ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 120.

Para atender aos interesses das partes envolvidas, harmonizando os direitos de cada um de forma equânime, Jorge Lobo³⁹ defende que no processo de recuperação deve-se impor a cooperação e a conciliação para a realização dos fins comuns e a composição dos interesses conflitantes para que se possa salvar a empresa em crise, que demonstre ser econômica e financeiramente viável, a fim de ela possa cumprir a sua função social.

Na adoção do processo de recuperação de empresa é necessário observar se esta possui condições mínimas de sobrevivência, e ainda, a sua importância na sociedade, ou seja, a empresa deve ser viável economicamente e socialmente. Assim, o direito deve dispor de um instrumento legal que possibilite, com o menor custo e desgaste social possível, a reestruturação ou a extinção de empresas ineficientes, com a transferência dos fatores de produção para setores mais rentáveis.

Recuperar ou manter empresas ineficientes, inexpressivas ou inaptas pode representar um desgaste para os agentes envolvidos na atividade empresária⁴⁰, bem como uma medida dispendiosa para a máquina judiciária e um aumento dos custos sociais. O aplicador do direito não poderá ignorar a questão fundamental de identificar os casos em que as empresas devem ser conservadas e quando elas devem desaparecer.

A viabilidade não poderá ser considerada a partir de interesses individuais ou de determinado grupo⁴¹ envolvidos com a atividade empresária, mas deve ser avaliada por aspectos econômicos e sociais.

Sob o aspecto econômico, a empresa poderá ser viável se tiver condições econômicas e financeiras de se manter de forma autônoma, com os mecanismos de recuperação adequados para a sua situação de dificuldades: dilação de prazos das dívidas, modificações societárias, emissão de valores mobiliários, realização de parcerias empresariais, dentre outras formas.

³⁹ LOBO, Jorge. Comentários aos artigos 35-69. In: TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 127.

⁴⁰ Pode-se mencionar como agentes os credores, os consumidores, os empregados, os parceiros empresariais e o próprio Estado.

⁴¹ A baixa produtividade e os altos custos na manutenção dos meios de produção não poderão ser ignorados somente para evitar o desemprego, pois futuramente esses mesmos empregados poderão ter seus interesses frustrados pelo insucesso da empresa.

Sob o aspecto social, deverá ser avaliado o impacto do encerramento da atividade na comunidade onde a empresa exerce influência e a sua importância em relação aos concorrentes⁴², que determinam a aplicação dos princípios da liberdade de iniciativa e a livre concorrência. Em outros termos, é necessário que a reorganização e o funcionamento da empresa seja importante para a economia local, regional ou nacional que justifique suportar os ônus associados à qualquer medida de recuperação.⁴³

3.3 PROTEÇÃO AOS TRABALHADORES

O trabalho é considerado como o principal fator de produção e a base para o exercício dos direitos dos cidadãos. Reconhecer esta importância implica em interligar o sujeito à sua dignidade, tal que lhe possibilitará exercer importantes prerrogativas de cidadania. Por conseguinte, a privação deste direito implica na dificuldade do exercício de outras importantes faculdades reconhecidas constitucionalmente ao trabalhador.

A possibilidade de recuperação de empresas viáveis ou de preservação da atividade constitui uma medida de proteção aos trabalhadores que contribui para a efetivação do princípio constitucional da busca do pleno emprego. O pleno emprego decorre de uma democratização das relações de trabalho e pode ser definido como uma condição do mercado onde todos os que estão aptos a trabalhar, e estão dispostos a fazê-lo, encontram trabalho remunerado.⁴⁴

Como princípio regulador da ordem econômica, a busca do pleno emprego encontra amparo e aplicação na Lei n. 11.101/2005. A preservação da empresa como premissa contida na lei, nos procedimentos de Falência e Recuperação, visa à manutenção dos empregos, a proteção dos interesses dos credores e a otimização dos bens ativos e dos recursos produtivos da empresa.

⁴² A manutenção da atividade poderá ser, em determinados setores, um fato importante para a preservação da concorrência, que tem como resultado a exclusão dos agentes menos eficientes ou daqueles menos estruturados. A ausência da concorrência poderá significar o surgimento de monopólios, cartéis e outras formas de abuso do poder econômico.

⁴³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de Falências e de Recuperação de Empresas**: lei n. 11.101, de 9-2-2005. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 128.

⁴⁴ ASSIS, José Carlos de. **Trabalho como Direito**: Fundamentos para uma Política de Pleno Emprego no Brasil. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002, p. 17.

É possível encontrar na Lei n. 11.101/2005 dispositivos que constituem verdadeiras medidas legislativas de incentivo à busca do pleno emprego, na medida em que oferecem condições favoráveis para a manutenção dos postos de trabalho. A recuperação de empresas é medida que busca a manutenção da atividade econômica e que tende a resguardar o pleno emprego⁴⁵, já que a continuidade da relação de emprego é decorrência natural da continuidade do organismo empresarial.

Não somente na recuperação de empresas o princípio da busca do pleno emprego se efetiva, mas também no processo de falência, pois que o empresário deixará de existir, e todos os recursos materiais e imateriais empregados serão realocados para outro agente econômico. Com a decretação da falência, verifica-se a possibilidade de o juízo determinar a continuidade das atividades do falido, o que resultará na manutenção das relações de trabalho, as quais poderão ser aproveitadas pelo novo adquirente do ativo da massa falida.

3.4 PRESERVAÇÃO DO CRÉDITO

O crédito é essencial para dar vida a qualquer sistema econômico, pois funciona como um elemento de propulsão do mecanismo de circulação de riquezas, preservando as relações empresariais e o desenvolvimento da economia. Sem o instituto do crédito, a atividade empresária encontraria sérias limitações para se expandir, por isso, o funcionamento normal do sistema creditício é um elemento fundamental na organização econômica.

O funcionamento anormal do crédito motivado pelo não pagamento no prazo estipulado, gera uma desconfiança por parte do credor e se não for reparada a tempo, provoca uma instabilidade na economia em geral.

Por isso, a falência “è *effetto dell’anormale funzionamento del credito*”⁴⁶ e o regime de insolvência empresarial deve buscar a preservação da credibilidade da sociedade no mercado. A decretação da falência de um empresário deve possibilitar que outros agentes econômicos não sejam prejudicados, logo a confiança no mercado será preservada.⁴⁷

⁴⁵ O artigo 47 da Lei n. 11.101/2005 preceitua que o objetivo da Recuperação é a preservação da empresa, de forma a permitir a manutenção dos empregos, dentre outros objetivos.

⁴⁶ ROCCO, Alfredo. *Il fallimento: teoria generale ed origine storica*. Turim: Bocca, 1917, p. 3.

⁴⁷ CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **Fundamentos do Direito Falimentar**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 47.

Essa proteção decorre do interesse público que envolve o crédito, que é concebido de uma forma mais ampla para gerar segurança na concessão de créditos privados. Quando, através do regime falimentar, são promovidos instrumentos eficazes de recuperação de crédito, proporciona-se a criação e preservação de um sistema de concessão de créditos privados aos empresários para o desenvolvimento de atividades econômicas.⁴⁸

A complexidade e o volume cada vez maiores da produção de bens e serviços exigem um custo elevado que nem sempre é suportado pela disponibilidade de capital do empreendedor. Dessa forma, o crédito permite que o empresário amplie sua produção além do que seria possível com os recursos que possui. Em outros termos, a dinamicidade da economia decorre da disponibilidade de capital para financiar os investimentos necessários à produção, que depende da concessão de crédito.

A legislação falimentar deve possibilitar que o crédito seja disponibilizado de forma segura, de maneira que o detentor do capital o coloque em circulação com a garantia de adotar meios eficazes de recuperação em caso de inadimplência do devedor. Deve-se buscar um equilíbrio entre incentivar o devedor a buscar recursos e estimular o credor a emprestar, de forma que existam recursos disponíveis em quantidade e condições apropriadas.

A segurança na recuperação do crédito também gera a redução do custo do capital. Isso porque a recuperação compõe o risco que é considerado na formação do preço da disponibilização do capital. A diminuição da taxa de juros, por sua vez, acarreta um volume maior de riquezas em circulação, gerando desenvolvimento econômico e benefícios para a sociedade.

Nesse passo, a ordem de classificação dos créditos prevista na Lei n. 11.10/2005, além de favorecer à preservação do crédito, permite o fortalecimento dos contratos celebrados nos períodos anteriores à situação de insolvência e por isso tem a possibilidade de diminuir perdas e riscos, que são aspectos importantes para aumentar a eficiência do sistema de crédito no mercado.⁴⁹

⁴⁸ PERIN JÚNIOR, Ecio. **Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006, p. 54.

⁴⁹ LISBOA, Marcos de Barros *et al.* A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.57.

Na definição das prioridades de pagamento dos credores, as questões que se evidenciam são: o poder de negociação das partes, a possibilidade de monitoramento do risco assumido, a associação de garantias e o interesse geral versus interesse particular.

Marcos de Barros Lisboa e outros⁵⁰ defendem que se o sistema de prioridades representar para algumas classes de credores a falta de expectativas de recebimento de seus créditos, será normal que elas não se envolvam no processo de resolução. De outra forma, se as classes protegidas tiverem a certeza de recebimento, elas não se envolverão com o processo, o que resultará num prolongamento do processo com perdas para todos os credores. Daí a necessidade de medidas que incentivem o poder de negociação das partes.

A Lei n. 11.101/2005 inseriu algumas medidas na ordem de pagamentos dos créditos para gerar incentivos no sentido de uma resolução eficiente do processo falimentar.

Em relação aos credores trabalhistas, foram realizadas algumas modificações. Foi estabelecida prioridade para o pagamento dos salários atrasados nos últimos meses anteriores à decretação da falência, antes mesmo da quitação dos créditos extra-concursais, até o limite de cinco salários-mínimos por trabalhador⁵¹, com o objetivo de suprir as necessidades imediatas dos empregados menos favorecidos. Ademais, também foi estabelecido um limite do crédito trabalhista ao teto de cento e cinquenta salários-mínimos por credor. Com isso, todos os trabalhadores e gestores das empresas se limitam a este teto, o que garante um tratamento mais favorável aos trabalhadores com menores salários e evitam as fraudes que acarretam problemas sérios para a massa. Os valores excedentes se transformam em créditos quirografários, o que gera um incentivo desses credores na participação do processo e monitoramento de seus riscos.

Esse tratamento atribuído ao credor trabalhista é inferior ao previsto na legislação anterior, mas atende grande parcela das situações que envolvem o direito laboral. Ademais, essa alteração incentiva a redução dos custos de transação de outros credores, especialmente os

⁵⁰ LISBOA, Marcos de Barros *et al.* A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.57.

⁵¹ Lei n. 11.101/2005, Art. 151. “Os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, serão pagos tão logo haja disponibilidade em caixa”.

derivados de instituições financeiras e fornecedores que passaram a concorrer nas mesmas condições que os créditos trabalhistas de maior valor.⁵²

A inversão das posições entre os credores tributários e os credores com garantia real possibilitou ganhos institucionais relacionados aos contratos e à garantia de participação de outras classes no processo de resolução da falência. Essa mudança acarreta a possibilidade de recuperação de valores potencialmente superiores e gera incentivos para o mercado de crédito, além de aumentar a participação desses credores no processo, contribuindo para a sua celeridade.

3.5 CELERIDADE E EFICIÊNCIA DOS PROCESSOS JUDICIAIS

A morosidade de um processo de cobrança e de falência gera um custo maior na recuperação de créditos, aumentando os juros e prejudicando o mercado creditício. Isso ocorre porque durante o demorado tramite das ações, as garantias se depreciam ou desaparecem e, quando a decisão é tomada, elas não são mais suficientes para compensar o crédito.⁵³

A celeridade, ao contrário, traz um resultado econômico positivo: o estímulo do credor a emprestar e o bom funcionamento do mercado de crédito, possibilitando o aquecimento da economia, a redução dos juros e o desenvolvimento das atividades por diversos investidores em benefício da sociedade.

No regime do Decreto-lei n. 7.661/1945 os processos de falência arrastavam-se por vários anos, ocasionando a desvalorização dos ativos da empresa (marca, ponto empresarial, instalações, maquinário, etc.). Ao fim do processo, a capacidade de cumprimento das obrigações com os credores era reduzida significativamente e ocasionava a perda da produção, da geração de empregos e tributos que a empresa poderia manter ou até mesmo ampliar, se conduzida por administradores mais eficientes.⁵⁴

⁵² NEGRÃO, Ricardo. **A Eficiência do processo Judicial na Recuperação de Empresa**. 2007. 261 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, p. 218.

⁵³ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 205.

⁵⁴ LISBOA, Marcos de Barros *et al.* A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.54.

A celeridade a que se propõe o regime falimentar atual encontra-se positivada em diversos dispositivos, mas em especial no parágrafo único do art. 75 da Lei n. 11.101/2005, que dispõe o seguinte: “O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual”.

O reflexo desse princípio pode ser encontrado, por exemplo, no art. 139⁵⁵ da Lei n. 11.101/2005, que trata da liquidação do ativo e prevê que logo após a arrecadação dos bens será iniciada a realização do ativo.

A facilidade e a rápida transferência da empresa ou de suas partes viáveis para um novo empreendedor e melhor capacitado para administrá-la, aumenta a eficiência do sistema econômico ao se encerrar as atividades de um negócio, isso porque permite a manutenção das garantias e sua baixa depreciação.

O § 2º do art. 142⁵⁶ permite a venda dos bens independentemente do quadro geral de credores. Essa disposição também observa o princípio da celeridade e da economia processual, pois se busca alcançar o melhor resultado no menor espaço de tempo.

Mesmo diante da dificuldade de se falar em celeridade processual, diante da atual conjuntura do sistema judiciário brasileiro, é importante que através dos dispositivos constantes no novo regime falimentar, os operadores do direito busquem alternativas viáveis para propiciar a eficácia e agilidade da falência.

3.6 MAXIMIZAÇÃO DOS ATIVOS DO FALIDO

Na Lei n. 11.101/2005, a realização do ativo na falência sofreu profunda alteração em relação ao regime do Decreto-Lei n. 7.661/1945⁵⁷, pois ela terá início assim que se complete a arrecadação de bens, com a juntada aos autos do processo, do auto de arrecadação,

⁵⁵ Lei n. 11.101/2005, Art. 139. “Logo após a arrecadação dos bens, com a juntada do respectivo auto ao processo de falência, será iniciada a realização do ativo”.

⁵⁶ Lei n. 11.101/2005, Art. 142, “§ 2º A realização do ativo terá início independentemente da formação do quadro geral de credores”.

⁵⁷ No Decreto-lei nº 7.661/1945 identificava duas fases distintas: a fase em que se implementavam as formações da massa falida objetiva e subjetiva, com a arrecadação do patrimônio do devedor e a apuração dos débitos; e a fase de liquidação em que o ativo seria liquidado para a satisfação do passivo falimentar. Entre esses períodos abria-se a oportunidade para o devedor restabelecer sua atividade obtendo o benefício da concordata suspensiva. (CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa**: o novo regime da insolvência empresarial. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 45.)

independentemente da formação do quadro geral de credores⁵⁸. Conquanto a Lei de Falência tenha determinado que logo após a arrecadação dos bens, será iniciado o procedimento de venda dos bens, o termo inicial depende de outros fatores, entre eles, a elaboração de um plano de venda dos bens pelo administrador judicial.

Essa alteração se deve ao objetivo central da falência, que consiste na liquidação judicial do patrimônio do empresário falido visando à preservação do valor do ativo e a utilização produtiva dos bens, que somente se alcança através de procedimentos que garantam a eficiência na realização do ativo.

O valor total do ativo deve sempre ser maximizado⁵⁹ a fim de produzir a maior quantidade de dinheiro possível para os credores. O objetivo da maximização dos ativos se inicia com a determinação de manter a empresa em funcionamento, quando possível, mesmo depois de decretada a falência⁶⁰. A manutenção da atividade evita a depreciação dos bens móveis e imóveis e eleva o valor da empresa para a venda.

A alienação dos bens da falida também deve objetivar a maximização dos recursos da massa, bem como a possibilidade de aproveitamento de toda a organização empresarial para que outro agente econômico possa explorar. Isso fica bastante claro pela ordem de preferência⁶¹ estabelecida para a alienação, bem como, quando trata do objetivo da falência ao afastar o devedor de suas atividades.

A primeira forma de alienação, prevista no art. 140, I da Lei n. 11.101/2005, consiste na venda de todos os estabelecimentos em bloco⁶². Essa forma tende a preservar a

⁵⁸ Lei n. 11.101/2005, Art. 140. “§ 2º A realização do ativo terá início independentemente da formação do quadro geral de credores”.

⁵⁹ Lei n. 11.101/2005, Art. 75. “A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa”.

⁶⁰ Lei n. 11.101/2005, Art. 99. “A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: [...] XI – pronunciar-se-á a respeito da continuação provisória das atividades do falido com o administrador judicial ou da lacração dos estabelecimentos, observado o disposto no art. 109 desta Lei;”

⁶¹ Lei n. 11.101/2005, Art. 140. “A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência: I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco; II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente; III – alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor; IV – alienação dos bens individualmente considerados”.

⁶² No inciso I e II do art. 140, a palavra empresa é empregada como objeto de direito, como complexo de estabelecimentos, o que revela uma imprecisão terminológica. Tal imprecisão foi bem observada por Rachel Sztajn, a qual explica que empresa não é objeto de direito, mas sim o estabelecimento pode ser “objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos translativos ou constitutivos, compatíveis com sua natureza” (SZTAJN, Rachel. Comentários

integração e a organização existente entre os ativos tangíveis e intangíveis, o que aumenta o interesse dos investidores pela compra do negócio em razão da redução de custos para a entrada no mercado.

Na alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente (art. 140, II da Lei n. 11.101/2005), o objetivo é alcançar maiores rendimentos com a venda individualizada de cada unidade de produção, organizadas e funcionalizadas, levando-se em conta as reais condições individualmente consideradas. Esta forma de alienação será a mais recomendada se o conjunto de estabelecimentos não interessar a ninguém ou se não representarem uma vantagem, mas apenas um ônus administrativo. Também deverá ser avaliada a possibilidade das unidades operarem autonomamente, de forma independente das demais, sem perder a característica de unidade organizada e eficiente para o exercício de uma atividade ⁶³.

A terceira forma de alienação consiste na alienação em bloco dos bens que integram os estabelecimentos do devedor. Nessa opção, deve-se identificar a agregação de alguns bens do ativo que possam atrair mais facilmente os adquirentes e possam integrar outros estabelecimentos ou servir para organizar novo estabelecimento.

Por último, a lei apresenta a alienação dos bens de forma individualizada, que serão retirados do estabelecimento para o oferecimento aos licitantes interessados. Esta é a forma residual de alienação do ativo, quando as outras hipóteses forem inviáveis. Ela implica na desorganização do estabelecimento, e conseqüentemente, na perda de esforços.

A partir enfrentamento de alguns aspectos sobre a Lei n. 11.101/2005, é possível perceber de forma clara a positivação da função social da empresa como um princípio norteador do desenvolvimento dos procedimentos destinados aos empresários que enfrentam dificuldades.

A identificação desse princípio como premissa é de grande relevância porque uma empresa somente poderá cumprir a sua função social se ela remunerar adequadamente o capital investido para o seu desenvolvimento. Isso significa que, justamente quando ela se encontra em

aos artigos 139-167. In: TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 420).

⁶³ SZTAJN, Rachel. Comentários aos artigos 139-167. In: TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 422.

dificuldades, é necessário adequar os interesses de natureza econômica e social, pois dessa forma ela terá condições de permanecer e gerar benefícios para a sociedade.

Nesse sentido, o Direito deverá dispor de mecanismos que possibilitem o cumprimento da função social e econômica da empresa e o Poder Judiciário deve atentar que a análise jurídica adequada da função social não poderá prescindir do tratamento econômico das questões que lhe são apresentadas.

CONCLUSÕES

A partir do estudo realizado serão apresentadas, a seguir, de forma sistematizada, as conclusões decorrentes do desenvolvimento do tema:

1. A falência é um fenômeno que atinge não somente a esfera jurídica, mas também a esfera social e econômica em que uma organização empresarial encontra-se inserida.
2. O avanço das organizações empresariais no âmbito socioeconômico e jurídico necessita de uma legislação que permita a manutenção da empresa e não apenas a sua liquidação e a satisfação dos credores.
3. A inadequação do regime jurídico falimentar à realidade socioeconômica brasileira levou à elaboração da Lei n. 11.101/2005, que extinguiu o instituto da concordata, criou a recuperação judicial e extrajudicial e manteve a falência com alterações.
4. As transformações socioeconômicas acabam se tornando determinantes para conduzirem um processo de convergência do Direito Público com o Direito Privado, em que o Estado passa a intervir em áreas que estavam sob o arbítrio da vontade dos particulares. Nesse passo, a doutrina da função social surge com o intuito de limitar os institutos de conformação nitidamente individualista e de redefinir outros princípios do direito privado, que afetam equilíbrio social e o interesse coletivo.
5. Dessa forma, a empresa possui grande relevância social sob seu aspecto funcional, vez que é responsável pelo oferecimento de emprego, pelo recolhimento de impostos e contribuições sociais e pela produção de bens e serviços que suprirão as necessidades humanas e promoverão o desenvolvimento sócio-econômico.

6. A Lei n. 11.101/2005 também pode ser considerada reflexo dessa mudança de paradigma jurídico-cultural por ser pautada em princípios que resguardam os interesses dos mais diversos agentes envolvidos no desenvolvimento da atividade empresária.
7. Como imagem da função social da empresa, é possível perceber na Lei n. 11.101/2005 que, para atender a um interesse econômico e social, deve-se buscar a preservação da empresa como atividade, sendo possível eliminar o empresário ao mesmo tempo em que a empresa é conservada.
8. Na adoção do processo de recuperação de empresa é necessário observar se esta possui condições mínimas de sobrevivência, e ainda, a sua importância na sociedade, ou seja, a empresa deve ser viável economicamente e socialmente.
9. A possibilidade de recuperação de empresas viáveis ou de preservação da atividade constitui uma medida de proteção aos trabalhadores que contribui para a efetivação do princípio constitucional da busca do pleno emprego.
10. A legislação falimentar deve possibilitar instrumentos eficazes de recuperação de crédito, a fim de que seja proporcionada a criação e preservação de um sistema de concessão de créditos privados aos empresários para o desenvolvimento de atividades econômicas.
11. A celeridade a que se propõe o regime falimentar atual encontra-se positivada em diversos dispositivos os quais contribuem para a produção de resultados econômicos positivos: o estímulo do credor a emprestar e o bom funcionamento do mercado de crédito; o aquecimento da economia; a redução dos juros e o desenvolvimento das atividades por diversos investidores em benefício da sociedade.
12. O valor total do ativo deve sempre ser maximizado a fim de produzir benefícios para os credores. O objetivo da maximização dos ativos se inicia com a determinação de manter a empresa em funcionamento, quando possível, mesmo depois de decretada a falência. A manutenção da atividade evita a depreciação dos bens móveis e imóveis e eleva o valor da empresa para a venda.
13. Por fim, o Direito deverá dispor de mecanismos que possibilitem o cumprimento da função social e econômica da empresa e o Poder Judiciário deve atentar que a análise jurídica adequada da função social não poderá prescindir do tratamento econômico das questões que lhe são apresentadas.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ASSIS, José Carlos de. **Trabalho como Direito: Fundamentos para uma Política de Pleno Emprego no Brasil**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **Fundamentos do Direito Falimentar**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de Falências e de Recuperação de Empresas: lei n. 11.101, de 9-2-2005**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fabio Konder. Estado, Empresa e Função Social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 732, out. de 1996.

D'AVACK, Carlo. *La natura Giuridica del Fallimento*. Padova: Cedam, 1940.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica**. 12. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2007.

GUIJARRO, Enrique Díaz. **Transformaciones Modernas del Derecho Civil**. Buenos Aires: Antologia Jurídica, 1935.

HABERMAS, Juergen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Tradução Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980.

LISBOA, Marcos de Barros *et al.* A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LOBO, Jorge. Comentários aos artigos 35-69. In: TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRAO, Carlos Henrique (Coords). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e propriedade: função social e abuso do poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, v. 7.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, v. 8.

MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da Assembléia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NEGRÃO, Ricardo. **A Eficiência do processo Judicial na Recuperação de Empresa**. 2007. 261 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo.

PERIN JÚNIOR, Ecio. **Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3. ed. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Empresa, Fazenda Pública e a nova Lei de Recuperação. **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n. 3, p. 25-43, jan./jun. 2005.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada: estrutura e função**. Curitiba: Juruá, 2004.

ROCCO, Alfredo. *Il fallimento: teoria generale ed origine storica*. Turim: Bocca, 1917.

SZTAJN, Rachel. Comentários aos artigos 139-167. In: TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TRINDADE, Washington Luiz da. **Regras de Aplicação e Interpretação no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.