

Recuperação judicial: axiologia, objetivo e interesses externos à empresa

*Judicial reorganization: axiology, goal and outside
interests to the company*

Adriana Santos Rammê

Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC. Especialista em Direito Processual Civil pela UFSC. Professora de Direito Empresarial na Universidade do Sul de Santa Catarina- UNISUL e no Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina – CESUSC.
aramme@terra.com.br

Rafael Peteffi da Silva

Professor dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em Direito Civil (USP). Diretor-geral da Escola Superior de Advocacia de Santa Catarina.
rpeteffi@terra.com.br

Resumo: O presente artigo trata do instituto da recuperação judicial de empresa instituído pela Lei n. 11.101/2005, buscando apontar as razões pelas quais a concepção falimentar do decreto-lei 7.661/45 não servia mais para o adequado tratamento da empresa em crise. Aponta-se a preservação da empresa como o preceito normativo norteador da axiologia recuperatória. Procura-se demonstrar, entretanto, que a intenção preservacionista da lei não deixa de lado o interesse dos credores, na medida em que atingir o pagamento dos credores ainda permanece sendo o objetivo da recuperação de empresa. A preservação da empresa, como fundamento da recuperação judicial é apontada a partir da necessidade de se alinhar os interesses dos credores aos interesses externos decorrentes da função social da empresa.

Palavras-chave: Preservação da empresa. Axiologia. Recuperação judicial.

Abstract: This research departs from a study of the judicial reorganization, established by Law no. 11.101/2005, seeking to identify the reasons why the conception of the bankruptcy decree 7.661/45 not serve for more appropriate treatment company in crisis. We depart from the preservation of the enterprise, as a general

legal precept of reorganization axiology. We intent to demonstrate, however, that the preservationist intent of the law does not leave aside the interests of creditors, to the extent that reach the payment of creditors still remains the goal of the recovery of the company. The preservation of the enterprise as the basis for judicial reorganization is pointed from the need to align the interests of creditors to external interests arising from the social function of property.

Key words: Preservation of the enterprise. Axiology. Judicial reorganization.

1 Introdução

A preservação da empresa é um princípio constitucional alicerçado nas bases do ordenamento jurídico-econômico adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil, eis que a empresa aparece como agente econômico fundamental para o modo de produção capitalista.

Apesar de não constar como norma constitucional explícita, a preservação da empresa, ganha contornos de princípio constitucional ao ser extraído dos fundamentos e das finalidades da ordem econômica, notadamente a partir do relevante papel que desempenha para a valorização do trabalho humano e para o desenvolvimento econômico do país.

A partir desta premissa, é importante que seja feita a análise da forma como tal princípio foi incorporado à Lei n. 11.101/2005, que trata da recuperação judicial. Apontando-se as razões pela qual o legislador viu-se obrigado a reestruturar o direito da insolvência e pensar em instrumentos capazes de buscar o pagamento dos credores de forma conjunta com o soerguimento da empresa devedora.

Neste artigo, procurar-se-á demonstrar qual a força desse princípio no instituto da recuperação judicial.

A análise da alteração da legislação falimentar brasileira, do Decreto-Lei 7.661, de 1945, para a Lei 11.101, de 2005, evidenciará a influ-

ência da nova realidade econômica¹ e das prescrições da ordem constitucional na lei ordinária.

A evolução da atividade empresarial² já impunha a reformulação da legislação falimentar brasileira e a ideologia socializadora da ordem constitucional mostrou amparar o novo tratamento legislativo destinado às empresas em situação de insolvência.

Evidencia-se que a axiologia recuperatória reconhece e dá guarida aos diversos interesses que gravitam em torno da atividade empresarial e que justificam, ao lado do pagamento dos credores, que a empresa tenha meios legais de superar sua situação de crise.

2 A concepção falimentar do Decreto-Lei 7.661, de 1945

A lei de falência e concordatas, Decreto-Lei 7.661, de 21 de junho de 1945, que vigeu em nosso país por aproximadamente 60 anos³ regulando o tratamento legal da situação de insolvência dos comerciantes,⁴ nasceu na fase final do Estado Novo, no período de assentamento das consequências

1 Requião considera a lei de falências “o diploma que mais rapidamente se desgasta em confronto com a realidade dos fatos”. (REQUIÃO, 1998, p. 12).

2 Em artigo intitulado “O direito da crise e a nova dogmática”, Arnold Wald refere que “A evolução da empresa representa, na realidade, elemento básico para a compreensão do mundo contemporâneo. Do mesmo modo que, no passado, tivemos a família patriarcal, a paróquia, o Município, as corporações profissionais, que caracterizaram um determinado tipo de sociedade, a empresa representa, hoje, a célula fundamental da economia de mercado.” (WALD, 2009, p. 36).

3 Sobre o desenvolvimento histórico do tratamento falimentar, desde a antiguidade até a evolução legislativa pela qual passou o Brasil, ver, REQUIÃO, 1998, p. 6-24 e também ESTEVEZ, 2010.

4 De acordo com José da Silva Pacheco, “o nosso sistema era o denominado latino, que tinha a falência como abrangente apenas dos comerciantes, isto é, daquele que faz da mercancia profissão habitual, pouco importando se exercida legalmente ou de forma clandestina”. (PACHECO, 2004, p. 99).

pós segunda guerra, durante a fase de consolidação da produção industrial do Brasil.

Nesta época, o Brasil ingressou na chamada era da macroempresa, contribuindo, o Estado, com a ampliação da infraestrutura econômica para a indústria receber grandes aportes de capitais e crescer na seara dos bens de produção. Entretanto, a necessidade de proteção à empresa, ponto de partida da regulamentação do direito concursal, não sensibilizou os legisladores de 1945, (ABRÃO, 1985. p. 161.) razão pela qual considera-se que a anterior Lei de Falências já “nasceu velha”.(TEPEDINO, 2002, p. 165).

Nesse sentido, assenta, ainda, Waldo Fazzio Junior que:

O Decreto-Lei n. 7.661/45, produzido logo após a guerra mundial concluída em 1945, concebia um modelo de empresa próprio da economia nacional defasada que refletia as coordenadas da ordem capitalista instaurada, em 1944, a partir da Conferência de Bretton Woods. Concebia o crédito como, simplesmente, mais uma espécie de relação obrigacional, desconsiderava a repercussão da insolvência no mercado e concentrava-se no ajustamento das relações entre os credores e o ativo do devedor.(FAZZIO JÚNIOR, 2005. p. 17)

Os valores arraigados na legislação nacional da época da promulgação do decreto falimentar, especialmente a visão da propriedade como poder absoluto enraizado no Código Civil de 1916 não colaboraram para o legislador falimentar brasileiro de 1945 incorporar o sentimento que já

emergia, especialmente nos Estados Unidos⁵ e em alguns países da Europa ocidental⁶ sobre a relevância sócio-econômica da empresa.

Acerca do Código Civil de 1916, Antonio Carlos Wolkmer acentua que o Código civilista refletia “a mentalidade patriarcal, individualista, e machista de uma sociedade agrária preconceituosa, presa aos interesses dos grandes fazendeiros de café, dos proprietários de terra e de uma gananciosa burguesia mercantil”. (WOLKMER, 2002. p. 89.) Inspirado no Código Napoleônico, o código privado de 1916 continha um conteúdo liberalizante, baseado na proteção da propriedade privada e da autonomia de vontades, com traços acentuadamente individualistas. (ZANOTI, 2009, p. 98)

Essa ideologia civilista contribuiu por manter o caráter individualista também na legislação falimentar de 1945, vinculando-a, apenas, ao pagamento dos credores com a consequente liquidação do patrimônio do devedor.

Assim, a legislação falimentar brasileira de 1945, embora tenha mantido ao lado da falência os institutos da concordata suspensiva e preventiva,⁷ acabou seguindo a linha das legislações alienígenas que atrelavam um

5 Nos EUA, a era do *New Deal* foi marcada pela busca de ações políticas ligadas ao bem-estar social, de modo que o Estado voltou os olhos para geração de riqueza social que pudesse ser apropriada por todos – os detentores do capital e os detentores de capacidade de trabalho. Nesse cenário, a recuperação das empresas mostrava-se crucial para o sucesso do *New Deal*, já que apenas elas poderiam gerar empregos em grande escala. Por esta razão, no ano de 1938 o *Bankruptcy Act of 1898* foi considerado emendado pelo *Chandler Act of 1938* que acrescentou, entre outros pontos, o capítulo XI, sobre *corporate reorganization*, ou recuperação da empresa. (VIGIL NETO, 2008. p. 57).

6 Na Espanha já se podia, em 1922, vislumbrar a semente da preservação da empresa a partir de sua *Ley de Suspensión de Pagos*, que se destinava a situações de iliquidez empresarial, permitindo o acordo com os credores. (PERIN JUNIOR, 2009 p. 98-99). No México, a *Ley de Quiebras y de Suspensión de Pagos* de 1942, já trazia em sua exposição de motivos que: “[...] los principios orientadores del proyecto son éstos: a) la quiebra no es un fenómeno que se interesse sólo a los acreedores, es una manifestación económico jurídica en la que el Estado tiene un interés preponderante e fundamental. b) la empresa representa un valor objetivo de organización.” (Cf. FONSECA, 2011).

7 Os institutos das concordatas já existiam no ordenamento jurídico brasileiro, respectivamente, desde o Código Comercial de 1840 e o Decreto n. 917, de 1890. Para aprofundamentos sobre a origem da concordata, ver (ABRÃO, 1997. p. 301-304).

incipiente espírito de amparo à continuação da empresa aos exclusivos interesses individuais dos credores, e não aos interesses de manutenção da fonte produtora. A característica dessas legislações é a de mera previsão de concessão de prazos estendidos para pagamento, como a lei sobre concordata preventiva alemã de abril de 1935 (*Vergleichsverfahren*) e o modelo de concordata preventiva italiana de 1942.(ABRÃO, 1997, p. 32.)

O velho texto falimentar é estruturado no período de inspiração autoritária que vigorou com a Constituição de 1937, em que a intervenção do Estado no domínio econômico é ampliada para suprir as deficiências da iniciativa privada.⁸ Assim, o modelo de concordata instituído reproduziu essa tendência de concentração de poderes para o Estado, no caso, para o Estado juiz. Manteve-se também, atrelado à concepção de relação unilateral bem-proprietário atribuída pela regulamentação da propriedade no Código Civil de 1916.

O arquétipo das concordatas suspensiva e preventiva⁹ introduzido pelo decreto falimentar baseava-se na concentração dos poderes decisórios sobre sua concessão nas mãos do julgador, reduzindo acentuadamente a participação dos credores,¹⁰ o que, de acordo com Fábio Konder Comparato, levou Waldemar Ferreira a chamar aqueles institutos de “concordatas fascistas” em razão do aspecto autoritário que esboçavam.(COMPARATO, 1970, p. 99.) Segundo o modelo instituído, uma vez atendidos os requisitos e formalidades legais, a concordata era imposta pelo magistrado (decorrência de seu

8 Sobre as características econômicas das Constituições brasileiras, ver SOUZA, 2005, p. 211-230;TAVARES, 2006, p. 103- 123.

9 De acordo com o art. 139 do Decreto-Lei 7.661/45, “a concordata é preventiva ou suspensiva, conforme for pedida em juízo antes ou depois da declaração da falência.”

10 Fala-se em redução da participação dos credores, porque a concordata preventiva existente antes do Decreto de 1945 estava prevista na Lei 2.024 de 1908, que previa assembléia de credores para sua aprovação. Cf. ESTEVEZ, 2010, p. 11- 50.

poder de império) independentemente da vontade dos credores, razão pela qual ela passou a ser chamada de favor legal.¹¹

A possibilidade de parcelamento expressamente indicada na legislação de 1945 era rígida e alcançava apenas os credores quirografários,¹² sem que se pudessem estabelecer outras formas de composição, ou outras medidas para solução da crise da empresa. Ou se utilizavam as opções e os prazos legais de parcelamento exclusivamente com os credores quirografários, ou se estava fadado à falência.

Acentua Nelson Abrão que o legislador de 1945 concebeu as concordatas como meros instrumentos de acerto de dívidas, dentro de uma ótica individualista do credor-devedor e de uma concepção finalística liquidatória-solutória, pela qual o interesse maior era liquidar o quanto antes o patrimônio do devedor para permitir uma maior satisfação dos credores, o que evidenciava que o legislador da época desconhecia, ou desconsiderava, os interesses que gravitam em torno da empresa, tais como o de manutenção da fonte de emprego e de tributos. (ABRÃO, 1985, p. 174).¹³

Esse tratamento inflexível incorporado como favor legal, não permitia que fossem analisadas as reais razões que conduziram a empresa a uma situação de crise. Muitas empresas utilizaram a concordata por ser a única

11 Jorge Lobo explica que o escopo único da concordata preventiva e suspensiva era “conceder ao devedor maiores prazos de pagamento de suas dívidas ou o perdão parcial delas ou ambos, à revelia e até mesmo contra a vontade dos credores, que nada podiam fazer – e não podem, pois o modelo subsiste em inúmeros países –, eis que a concordata preventiva e também a suspensiva são ‘favores’ ou ‘benefícios legais’, assegurados, por lei, aos devedores probos e bem intencionados, infelizes no desenvolvimento de seus negócios.” (LOBO, 2005, p. 122).

12 Consideram-se credores quirografários aqueles cujo direito está documentado em um título de crédito ou contrato desprovido de garantias reais. (COELHO, 2011 p. 393).

13 O autor aponta que o Decreto-Lei n. 7.661/65 se assentava sob dois pilares problemáticos: i) institutos mais voltados para o comerciante individual e ii) atenção voltada aos interesses do devedor e dos credores; de modo que, ao legislar para o indivíduo, não se consegue ter “a visão da importância do organismo economicamente organizado, e que se sobrepõe à pessoa física de seu titular ou titulares”. (ABRÃO, 1985, p. 163).

opção legislativa existente para tentar quitar as dívidas e evitar a falência. Entretanto, porque os motivos de suas dificuldades eram diversos, apenas o parcelamento imposto aos credores quirografários mostrou-se insuficiente para um efetivo saneamento da atividade, como acentua Ecio Perin Junior:

a mera moratória ou redução dos valores devidos aos quirografários sem qualquer compromisso fundamentado e viável de recuperação da empresa nada mais era do que calote institucionalizado, o que agravava os prejuízos, principalmente dos credores quirografários, caso não fosse evitada a efetiva insolvência, com consequente declaração da falência do devedor.(PERIN JUNIOR, 2009, p. 127.)

De acordo com Rubens Approbato Machado, o modelo de concordata instituído pelo Decreto-Lei 7.661, de 1945 se mostrou nefasto e se tornou instrumento, mais da extinção da atividade, do que da preservação empresarial: “raramente uma empresa em concordata conseguia sobreviver e, mais raramente ainda, uma empresa falida era capaz de desenvolver a continuidade de seus negócios.”(MACHADO, 2005, p. 22). Isso porque a previsão de solução única, previamente estabelecida pelo legislador, não levava em consideração as reais e específicas razões da crise da empresa e acabava impingindo um sacrifício demasiado apenas ao grupo de credores quirografários, que contrariados, davam as costas para a empresa, dificultando as atividades futuras e, conseqüentemente, dificultando a continuidade do negócio.¹⁴ De fato, a concordata, embora amparada numa axiologia privatística, não lograva sequer atender o interesse dos

14 Também a forma prevista para venda do ativo arrecadado não se ajustava à idéia de manutenção da fonte produtora, pois a previsão do art. 114 do Decreto-Lei 7.661/45 era a de que a venda do patrimônio deveria ocorrer apenas no final do procedimento falimentar, o que gerava a defasagem do valor dos bens que ficavam, muitas vezes, por anos deteriorando-se em depósitos judiciais, frustrando, assim o potencial de pagamento dos credores e dificultando a extinção das obrigações do falido.

credores, vez que o prazo de parcelamento era imposto e não era garantida a manutenção da atividade.

No ano de 1955, na obra “*Lezioni di Diritto Commerciale – Introduzione*”, o italiano Tullio Ascarelli já ressaltava a inadequação do tratamento destas legislações falimentares atreladas apenas ao interesse de pagamento das dívidas, incitando a ampliação dos debates teóricos sobre a necessidade de reformulação do enfoque liquidatório. (ABRÃO, 1985, p. 12.)

Foi, porém, com a comunicação de Roger Houin de 15 de junho de 1965, que acompanhou o relatório da inspetoria-geral de finanças francesa sobre os mecanismos da falência, que os sistemas concursais francês e de outros países europeus incorporaram mais acentuadamente a visão da necessidade de permanência da empresa dentro da legislação falimentar considerando que aquela não serve apenas aos interesses do devedor e seus credores.¹⁵

Apesar da semente plantada pelo direito francês em 1965, apenas em 1985, com a Lei 85-98 foi efetivamente criado, na França, o procedimento de recuperação judicial (*redressement judiciaire*), com a atenção voltada à preservação da empresa, a fim de manter-se a atividade econômica e o emprego, deixando-se o pagamento do passivo em segundo plano¹⁶, o que, de acordo com Ecio Perin Junior, “do ponto de vista histórico e tradicional do direito

15 Daí surgiram na França a Lei 67-563, de 13.7.67, e a Ordenação (*Ordonnance*) 67-820, de 23.9.67, que dispunham sobre o regulamento judicial, a liquidação de bens, a falência e a suspensão provisória das ações. A Ordenação 67-820, embora não trouxesse um modelo específico de recuperação, já passou a prever a elaboração de um plano de pagamento do passivo global, conjugando-o com a suspensão provisória das demandas judiciais, adotando o primado do interesse geral sobre o particular, afastando-se do escopo liquidatório-solutório. (PERIN JUNIOR, 2009, p. 75-79).

16 De 1985 pra cá, a legislação francesa já passou por mais 2 reformas, uma em 10 de junho de 1994 (Lei n. 94-475) e outra em 26 de julho de 2005 (Lei 2005-845) intitulada *Loi de Sauvegarde des entreprises* destinada a facilitar a reorganização da empresa para permitir a continuação da atividade econômica, a manutenção do emprego e o pagamento do passivo. Sobre o sistema francês implementado em 2005, ver MENEZES, 2007; DASSO, 2010.

falimentar, é uma grande ruptura paradigmática, que influenciou profundamente nossa novel legislação”.(PERIN JUNIOR, 2009, p. 82)

Nos EUA, cujo ordenamento falimentar também serviu de inspiração para a reforma da lei brasileira, desde 1938 já ressoava a perspectiva de superação da crise econômica das empresas, tendo sido aprimorado o sistema de reorganização, a partir de 1978, com o *Bankruptcy Reform Act*, que introduziu, no chamado *Chapter 11*, o modelo de *business reorganization*, profundamente dotado do espírito preservacionista.(PERIN JUNIOR, 2009, p. 82).¹⁷

As décadas de 1980 e 1990 foram prodigiosas, na legislação alienígena,¹⁸ na implementação deste novo paradigma falimentar voltado

17 Eric Posner desenvolveu estudo sobre o espírito do *Bankruptcy reform act of 1978*, a fim contribuir para as discussões da Comissão de revisão do código falimentar americano instalada pelo Congresso em 1994. Sobre o aspecto preservacionista do *chapter 11*, dentro de um modelo econômico fortemente liberal, o autor acentuou que o tratamento de 1978 refletia a idéia de que uma empresa recuperada pode satisfazer créditos do credor de forma mais eficaz do que uma empresa que é liquidada. No original “The purpose of reorganization is to preserve the going concern value of firms. A firm that enters bankruptcy and emerges intact but with a new capital structure may satisfy creditor’s claims more effectively than a firm that is liquidated”. POSNER, 2010.

18 Ecio Perin Junior faz um estudo da evolução do tratamento destinado à recuperação da empresa na legislação americana, inglesa, alemã, francesa, belga, italiana, portuguesa e espanhola. PERIN JUNIOR, 2009, p. 55-101. Sobre o regime português há interessante estudo comparando-o ao sistema brasileiro, no qual se aponta que “as primeiras iniciativas em prol do ‘saneamento da empresa’ aparecem no direito positivo português apenas em 1976, com a promulgação do Dec-lei 864/76”, sendo, posteriormente reforçada a inspiração social com o Decreto-Lei n. 177/86 e com o Decreto-Lei n. 132/93. Atualmente, em Portugal, vige o Código da insolvência e da recuperação de empresas (CIRE), aprovado pelo Decreto-Lei n. 53/2004. SILVA, 2007, p. 228 e 231. No mesmo sentido, LEITÃO, 2009. A legislação da Argentina foi alterada em 1995, incorporando o marco teórico preservacionista americano, como acentua Ariel Dasso: “En este marco de cambio, la República Argentina tiene a su vez su microclima, condicionado también por factores económicos, políticos y sociales. En la década del ‘90 la política socio-económica, con marcado retroceso de la inmisión del Estado, la libertad de los mercados y la exaltación de la competencia, se refleja en la reforma introducida en la regulación legal de concursos preventivos y quiebras por la ley 24.522 de 1995, en la que, por vez primera, los

para preservação da empresa, enquanto fonte produtora, cujo conteúdo será mais detidamente trabalhando no tópico seguinte.

Foi a percepção dos impactos sociais e, precipuamente, dos prejuízos para o modelo econômico capitalista provocados pela liquidação das atividades produtivas que norteou os esforços de reformulação das legislações falimentares em diversos países. As alterações legislativas implementadas nas décadas de 1980 e 1990 penderam para “o equilíbrio entre a proteção aos credores e o incentivo à recuperação de empresas” e tiveram como força motriz “o estímulo à produção e ao emprego e o fortalecimento dos sistemas de crédito no processo de crescimento sustentável”. (LISBOA, 2005, p. 40)

Neste período, as críticas ao Decreto-Lei brasileiro de 1945 se acentuaram. Rubens Requião argumentava sobre a necessidade da legislação brasileira se adequar ao que ele chamava de terceiro estágio mundial de evolução dos institutos falimentares, em que a preocupação legislativa volta-se para a permanência da empresa, destacando que os institutos da falência e da concordata previstos no Decreto-Lei 7.661/45 estavam muito estreitos e incapazes de atender aos “vultosos interesses, privados e públicos, envolvidos nas grandes empresas modernas, que manipulam poderosos valores econômicos e sociais”. (REQUIÃO, 1998, p. 12)¹⁹

principios del derecho de crisis estadounidense se filtran a través de figuras concretas, plasmadas en institutos como la categorización de acreedores, a los efectos de formular propuestas de pagos diferenciadas; el *cramdown*, ingeniosa adaptación de las regulaciones estadounidenses en orden a la participación de los terceros en el procedimiento de transferencia de la empresa insolvente a un tercer empresario; la novación, reflejo vivaz de la discharge estadounidense, entre otras.” DASSO,(2010). No México, a *Ley de Concursos Mercantiles* data de 2000 e expressamente prevê: “*es de interés público conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con que mantenga una relación de negocios*”. Estabelece, assim, um processo preliminar de conciliação, assinalando no artigo terceiro que “*la finalidad de la conciliación es lograr la conservación de la empresa*”. Cf. BONILLA, (2011).

19 No mesmo sentido, Bulgarelli proclamava que “o direito falimentar, enquanto permanecer referido à regulação do conflito entre devedores e credores será

Muito embora do ponto de vista econômico já fosse evidente o papel relevante da empresa como geradora de crescimento econômico e de riqueza social (empregos, tributos, produção de bens e serviços) o ordenamento jurídico (privado e constitucional) brasileiro ainda se mantinha vinculado ao caráter individualista da propriedade e do crédito.

A nova visão socializadora e a positivação constitucional de funcionalização da propriedade albergada pela Constituição brasileira de 1988, aliada à incorporação da teoria da empresa pelo Código Civil de 2002,²⁰ foi o que permitiu que o terreno nacional se tornasse efetivamente fértil e receptivo à alteração do regime falimentar. Assim, da proteção exclusiva dos credores e pagamento dos respectivos créditos, evolui-se para proteção da empresa, enquanto atividade econômica de repercussão social.²¹

insuficiente para resolver os problemas com dimensão completamente distinta”. (BULGARELLI, 1999, p. 158).

20 Com a incorporação da teoria da empresa, o tratamento antes destinado ao ato de comércio voltou-se para a atividade organizada.

21 O mesmo movimento é narrado por Michele Sandulli como ocorrido na Itália. Para ele o advento da República na Itália e seu sistema constitucional permitiram o reconhecimento de uma nova “função” à empresa, como um instrumento de solidariedade democrática. Segundo o autor, a empresa deixa de ser mera expressão da propriedade capitalista, tornando-se uma entidade que implementa alguns princípios constitucionais, como a liberdade de iniciativa econômica e o direito ao trabalho e, a partir desta perspectiva, a crise da empresa não pode mais ser vista como um evento “privado”, entre devedor e credores, mas como um evento de maior significado geral, envolvendo uma multiplicidade de interesses dignos de proteção (o trabalho, a concorrência, os serviços essenciais, o equilíbrio geral etc). No original: Indubbiamente l’abrogazione dell’ordinamento corporativo, a seguito dell’avvento della Repubblica e del relativo sistema costituzionale, ha dato un nuovo contenuto alla “funzione” che l’ordinamento attribuiva all’impresa; da strumento di solidarietà corporativa a strumento di solidarietà democratica. Cioè, l’impresa non rileva come mera espressione della proprietà capitalistica, bensì come entità che consente di realizzare taluni dei principi fondamentali della Carta Costituzionale, quali la libertà di iniziativa economica, da una parte, e il diritto al lavoro, dall’altra.[...] E’ evidente che alla luce di questa ottica complessa la crisi dell’impresa non possa essere considerata come un evento “privato”, nel quale esplose il conflitto tra debitore e creditori, bensì come un evento di rilevanza più generale, che coinvolge una pluralità di interessi meritevoli di tutela (lavoro, concorrenza, servizi essenziali, equilibri

A urgência da alteração da lei falimentar de 1945 pode ser demonstrada pela análise feita pelo Banco Mundial em 1999, no *Technical Paper n. 433* destinado a apreciar o sistema de insolvência da América Latina, no qual constaram os seguintes apontamentos:

Apesar dos reconhecidos progressos feitos há mais de 50 anos, a atual Lei de falências brasileira agora é geralmente considerada como ultrapassada, desnecessariamente rígida e não atende às necessidades das empresas modernas. **O processo de concordata, por exemplo, não fornece um mecanismo eficaz para a reorganização de uma empresa em crise financeira.** Embora possa ter sido adequada para as pequenas empresas, com um punhado de funcionários, não é adequada para grandes empresas com centenas ou milhares de funcionários, como mais detalhadamente discutido abaixo. E, enquanto alguns consideram que a lei seja uma arma que um devedor pode usar para adiar o inevitável, a lei não prevê significativos meios para ajudar um devedor a se reabilitar. [...] Em suma, **o processo de concordata oferece pouca flexibilidade para a reestruturação eficaz de devedores com um balanço complicado ou com várias parcelas de dívida garantidas, ou não garantidas.** Ele serve ao devedor, mas não afasta os esforços dos credores garantidos de tentar fazer valer os seus direitos, e como resultado, é ineficaz. (tradução e grifo nosso).²²

economici generali, ecc.). (SANDULLI, 2011). A reforma na legislação italiana, que incorporou essa percepção dos reflexos sociais decorrentes da atividade empresarial e de sua abrupta extinção ocorreu em 1979, com o Decreto-Lei n. 95, posteriormente reformado em 1985, que disciplinou modelo de *amministrazione straordinaria delle grandi impresa in crisi*, baseado na idéia de que, para superar a crise, as empresas precisam de um refinanciamento, muitas vezes só obtido com a atuação do poder público. (PERIN JUNIOR, 2009, p. 89).

22 No original: "Notwithstanding the acknowledged progress made more than 50 years ago, the current Brazilian bankruptcy law is now generally regarded as outdated, unnecessarily rigid and not responsive to the needs of modern businesses. The

Numa era de globalização,²³ a apreciação dos organismos internacionais sobre as leis de repercussão na ordem econômica e a maior segurança ou insegurança dos mecanismos de regulamentação da atividade econômica tendem a influenciar fortemente os investimentos estrangeiros no país, razão pela qual o interesse político em reformar o Decreto-Lei de 1945 se acentuou após as críticas do Banco Mundial.

Durante os 12 anos em que o Projeto de reforma da legislação falimentar tramitou no Congresso, até ser aprovado como Lei n. 11.101/2005, o foco dos debates foi a incorporação de uma nova ideologia jurídica ao direito da insolvência, que considerasse como primordial a recuperação da empresa economicamente viável, ao invés da liquidação do patrimônio do devedor. Dava-se, finalmente, atenção à mudança de concepção finalística dos procedimentos concursais pela qual já clamava Nelson Abrão desde 1985 ao apontar que “o fenômeno juridicamente relevante é hoje a crise econômica da empresa e a busca de soluções para ela, dentro do ordenamento” e ao defender uma “visão publicística do problema em geral, e dos procedimentos concursais em particular” voltando-os para “a salvaguarda dos interesses coletivos” a partir do princípio da preservação da empresa. (ABRÃO, 1985, p. 188.)

concordata procedure, for example, does not provide an effective mechanism for the reorganization of a business in financial crisis. While it may have been adequate for small companies with a handful of employees, it is not suited for large companies having hundreds or thousands of employees, as more fully discussed below. And, while some consider the law to be a weapon which a debtor can use to postpone the inevitable, the law does not make meaningful provisions to help a debtor rehabilitate itself.[...]In sum, then, the concordata process provides little flexibility for effective restructuring of a complicated balance sheet or the financial affairs of debtor with multiple tranches of debt, secured as well as unsecured. It provides a debtor with no respite from efforts of secured creditors trying to enforce their rights, and as a result, is ineffective.” (ROWAT; ASTIGARRAGA, 2011).

23 Sobre globalização e a ligação dos investimentos externos com o desenvolvimento do Brasil, ver estudo de Antonio Correia de Lacerda (2004).

No parecer da comissão de assuntos econômicos do Senado Federal, relatado pelo Senador Ramez Tebet, constou que o trabalho de elaboração da nova lei de falências “pautou-se não apenas pelo objetivo de aumento de eficiência econômica – que a lei sempre deve propiciar e incentivar – mas, principalmente, pela missão de dar conteúdo social à legislação”, ou seja, o mote foi ajustar a lei falimentar à realidade econômica e aos “valores sociais prevalecentes.”(SENADOR RAMEZ TEBET, 2005, p. 353). Com a Constituição da República Federativa do Brasil adotou-se, ao lado do modelo de economia capitalista, um modelo de socialização e de funcionalização do direito, o que produziu reflexos diretos na legislação infraconstitucional.

Luisa Isabel Borgarello, em artigo apresentado no Quarto Congresso Iberoamericano de Derecho Concursal ocorrido no Uruguay no ano de 2008 acentuou a relação existente, especialmente nas legislações falimentares, entre o conteúdo normativo e a política econômica adotada pelo país, afirmando que

não devemos deixar de considerar a estreita vinculação que as legislações concursais mantêm com a política econômica imperante em cada momento e contexto histórico dos distintos países, que vão condicionando os objetivos próximos e imediatos da lei concursal, fazendo imperar o interesse de uma parte sobre os outros interesses em jogo e vulneráveis pela crise. (tradução nossa).²⁴

Como visto, a necessidade de mudança de paradigma, do liquidatório, baseado na proteção do crédito, para o recuperatório, baseado na proteção

24 No original: “Por otra parte no debemos dejar de considerar la estrecha vinculación que las legislaciones concursales mantienen con la política económica imperante en cada momento y contexto histórico de los distintos países, que va condicionando los objetivos próximos e inmediatos de la normativa concursal, haciendo primar el interés de una de las partes sobre los otros intereses en juego y vulnerables por la crisis.” (BORGARELLO, 2008. p. 29-36).

da fonte produtora, já era efervescente na doutrina em razão da alteração da valoração da atividade empresarial decorrente da evolução econômica, jurídica e social do país.

Em razão das inúmeras críticas e da constatação política de que “uma lei de quebras ruim pode ameaçar fortemente a economia de um país e frear ou condicionar o seu crescimento e seu progresso” (tradução nossa),²⁵ o princípio da preservação da empresa foi positivado na nova legislação juntamente com a criação de mecanismos destinados a sua implementação.

Percebe-se, claramente, que o princípio da preservação da empresa não se alinha tão somente ao contorno normativo destinado ao amparo dos anseios sociais contidos na Constituição do Brasil, mas também às necessidades de preservação do modelo capitalista de livre mercado nela albergado.

3 A axiologia da Lei 11.101, de 2005

O princípio da preservação da empresa é uma decorrência do relevante papel da atividade econômica para implementação dos princípios da ordem constitucional econômica.

Desta feita, o objetivo neste tópico é consolidar a compreensão do significado do princípio da preservação da empresa como axiologia do direito concursal recuperatório, a partir da melhor delimitação dos interesses envolvidos numa situação de crise econômico-financeira da atividade empresarial.

O termo axiologia é aqui empregado no sentido de valor que dá suporte ao sistema saneador da crise econômico-financeira da empresa instituído pela Lei n. 11.101/2005, devendo servir como elemento importante da interpretação e aplicação das normas ali previstas.

25 No original: “una mala ley de quiebras puede atentar fuertemente contra la economía de un país y frenar o condicionar su crecimiento, su prosperidad o su progreso.” (BORGARELLO, 2008, p. 29-36).

Considerar o princípio da preservação da empresa como axiologia e não como objetivo dos procedimentos voltados à recuperação da empresa reforça seu sentido enquanto “princípio”, ou seja, como valor constitucionalmente protegido com a função de servir de parâmetro interpretativo e orientador do legislador e do aplicador da lei.

Denota-se que preservar a atividade econômica não será o objetivo dos procedimentos voltados ao soerguimento da empresa, mas sim o valor a ser garantido por meio da consecução do objetivo do instituto que continua sendo o de atender aos credores, como assenta Luiza Isabel Borgarello ao apontar que:

a eliminação de crise ou de estado de insolvência visa o bem comum: a restauração da confiança, o potencial de produtividade, de proteção ao crédito e, em última análise, da ordem social e econômica. O bem comum pode ser entendido como uma interação e coordenação dos múltiplos interesses que convergem diante da crise patrimonial. **Pode-se inferir que a proteção da sociedade é de fato um princípio orientador da legislação de insolvência e não o seu objetivo principal.** (tradução e grifo nosso).²⁶

26 No original: “la eliminación de la crisis o del estado de insolvencia, tiene como fin último el bien común: el restablecimiento de la confianza, la potencialidad productiva, la protección del crédito y en definitiva el orden social y económico. El bien común podría entenderse como una interacción y coordinación de los múltiples intereses que convergen ante la crisis patrimonial. De ello podríamos inferir que la protección de la empresa es en realidad un principio orientador del derecho concursal y no su objetivo principal.” BORGARELLO, 2008, p. 33. Em sentido contrário, Carlos Roberto Antoni Piossek e Giovana E. Del C. Cristofaro, defendem que a proteção da empresa viável e socialmente útil passou a ser o principal objetivo dos procedimentos concursais: “Consideramos que en la actualidad el principal objetivo del concurso es la protección de la empresa viable y socialmente útil, como ente generador de desarrollo, fuente de trabajo e impuestos [...]” (PIOSSEK; CRISTOFARO, 2008, p. 23-28).

Isso significa que o verdadeiro objetivo desses institutos recuperatórios²⁷ é obter o pagamento dos credores por meio da recuperação da empresa, fazendo cessar o estado de insolvência econômica e a consequente situação de inadimplência, só que esse objetivo, agora, deve ser alcançado promovendo-se o soerguimento e a preservação da empresa. Desta forma, preservar a atividade empresarial é um valor subjacente a ser utilizado como pauta de comportamento e parâmetro interpretativo.

Como visto no tópico precedente, no modelo das concordatas o objetivo de pagamento dos credores, na tentativa de se evitar a falência, se alinhava a um valor liquidatório, ou seja, o interesse individual dos credores no recebimento dos créditos era totalmente priorizado, de modo que o instrumento de “saneamento” previa mera dilação de prazos, era rígido, de alcance restrito e não contemplava a participação dos credores na decisão sobre as condições de pagamento.

Com a mudança axiológica, atingir o pagamento de todos os credores e pôr fim ao chamado “estado de cesación de pagos”,²⁸ ou estado de insolvência, não deixou de ser o escopo dos procedimentos com finalidade recuperatória instituídos pela lei concursal. Nem poderia ter deixado de ser, sob pena de minimizarmos a força e a importância da legislação falimentar para política de concessão de crédito do país.

Por tal razão, a sistemática do instituto da recuperação judicial atribuiu aos credores a prerrogativa de análise do plano. Isso não foi por acaso. O crédito/débito interempresariais, a despeito da função social da

27 Fala-se em procedimentos concursais recuperatórios para diferenciá-los do procedimento concursal falimentar que possui finalidade eminentemente liquidatória e objetiva repartir, na ordem estabelecida pela lei, todo o ativo da empresa, encerrando-a. Na expressão de Márcio Luiz Aguiar “a falência seria o meio pelo qual se faria a liquidação de todo o patrimônio do devedor para a sua distribuição em pagamento dos credores”. (AGUIAR, 2006. p. 57).

28 Cf. Efrain Hugo Richard, para quem ‘eliminar el estado de cesación de pagos resulta el bien jurídico tutelado’ pelo sistema concursal. (RICHARD, 2010. p. 453).

empresa, ainda é matéria de natureza privada, de modo que os credores e o seu devedor empresário podem negociar livremente sobre seus direitos.

Porém, este objetivo de quitação dos débitos, agora, alinha-se ao valor de preservação da atividade econômica, de modo que o legislador passou a pensar em instrumentos capazes de buscar o pagamento dos credores de forma conjunta com o soerguimento da empresa devedora.²⁹ O princípio da preservação da empresa, portanto, adquire um caráter instrumental compatibilizado com a satisfação dos credores, até porque a continuidade das atividades empresariais, na maior parte dos casos, se apresentará como o único meio de se alcançar a satisfação daqueles. (ZABALETA DÍAZ, 2006, p. 34.)

Sendo o pagamento dos credores o objetivo do soerguimento da empresa, foi a eles, e não ao magistrado, que o legislador delegou a tarefa de analisar a potencialidade de soerguimento da atividade por meio do plano apresentado³⁰. É lógico que isso não excluiu a análise jurisdicional de legalidade do plano, na qual se inclui o abuso de direito³¹, especialmente se a abusividade encontrada no plano elaborado, ou nos critérios dos credores para rejeitar o plano entrarem em choque com o princípio da preservação da empresa.

Em recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo³² a abusividade do voto dos credores para rejeitar o plano de recuperação foi reconhe-

29 Marta Zabaleta Díaz ao tratar do princípio da conservação da empresa, na época incorporado à Ley Concursal Espanhola de 9 de julho de 2003, anota que “La Ley Concursal recupera la satisfacción de los acreedores como finalidad del procedimiento, pero sin que por ello sea ajena a las ventajas que tanto para los acreedores como para el resto de intereses afectados por la crisis pueden derivarse de la conservación de la estructura empresarial.” (ZABALETA DÍAZ, 2006, p. 23).

30 Resultado da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal foi o Enunciado 46. Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores.

31 Nesse sentido, Enunciado 45. O magistrado pode desconsiderar o voto de credores ou a manifestação de vontade do devedor, em razão de abuso de direito. (I Jornada Direito Comercial, CJF)

32 Recuperação judicial. Aprovação do plano de recuperação apresentado, a despeito de ter sido rejeitado em Assembleia Geral de Credores. Homologação conforme

cida, levando-se em conta a necessidade de analisar a conduta dos credores e sua consequência à luz do princípio da preservação da empresa.

Na aludida decisão o relator da 2ª Câmara reservada de Direito Empresarial assentou que:

[...] o direito de voto a ser exercido pelos credores não pode ultrapassar o limite imposto pelos fins social, econômico, a boa-fé ou os bons costumes, revelando-se, nestes casos, abuso de direito. [...] Os votos desfavoráveis dessas instituições financeiras devem ser considerados, portanto, abusivos. Não possuem lógica econômica, vez que conduzem à uma situação que é menos favorável aos próprios credores e, ainda, **estão em dissonância com as finalidades do instituto da recuperação da empresa, vez que o plano apresentado propõe divisão razoável de ônus entre devedora e credores e tem condições de conduzir o processo à realização de sua finalidade última representada pela geração dos benefícios sociais reflexos da manutenção da atividade da empresa (empregos, receitas, rendas, produtos e serviços socialmente relevantes).**(grifo nosso)

teoria denominada “cram down”. Controle judicial de legalidade. Desconsideração dos votos dos credores em razão de abuso de direito. Enunciados nº 44 e 45 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal (CJF). Aplicação do princípio da preservação da empresa economicamente viável. Credores pertencentes a uma única classe, a dos créditos quirografários. Ausência de deságio. Aumento do faturamento da empresa desde a data do pedido de recuperação judicial. Abuso do exercício do direito de voto reconhecido. Manutenção da decisão que homologou o plano de recuperação judicial. Agravo de instrumento desprovido. ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 0100844-07.2013.8.26.0000. Agravante: Itáú Unibando S/A. Agravado: Otica Voluntarios Ltda. Relator: José Reynaldo. São Paulo, 03 de fev. 2014. Portal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. São Paulo, 2014. Disponível em : <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?paginaConsulta>. Acesso em : 21/03/2014.

Desta forma, percebe-se que a sistemática adotada pela legislação de 2005 de não definir parâmetros de propostas pelo devedor e de delegar a aprovação do plano de recuperação judicial à assembleia geral de credores, consagra a regularização do crédito como objetivo primeiro do instituto recuperatório. É por isso que as decisões legítimas das assembleias de credores são soberanas. Por outro lado, o princípio da preservação da empresa, como marco axiológico do instituto, justifica a análise judicial de eventual abuso no exercício de voto, ou mesmo na formulação do plano apresentado³³.

4 Os interesses externos à empresa e seus credores

Antes mesmo da promulgação da lei de recuperação judicial e falência de 2005, Jorge Lobo já destacava o interesse público envolvido no desempenho da atividade empresarial, apontando que esta “nova filosofia” do Direito Concursal deveria levar em consideração, além dos interesses do devedor e dos credores,

os superiores direitos e interesses da empresa, dos seus empregados e da comunidade em que ela atua, pois as dificuldades econômicas, financeiras, técnicas, tecnológicas e gerenciais da empresa não preocupam somente ao devedor e a seus credores, porém, por igual, ao Poder Público e à coletividade, sendo certo que, além e acima do interesse privado de composição dos conflitos entre devedor e seus credores, há o interesse público e social da preservação, reorganização, saneamento e desenvolvimento da empresa. (LOBO, 1998, p. 12.)

33 Sobre abuso de direito na votação do plano ver interessante estudo de André Esteves (2012).

Sob o manto desse valor preservacionista, o sistema concursal instituído pela Lei n. 11.101/2005 muito embora se volte para o atendimento do conjunto de credores, atrela-o ao benefício subjacente que toda a sociedade na qual está inserida a empresa afetada pela crise econômico-financeira pode auferir se for possível livrá-la deste estado.

Efrain Hugo Richard acentua que

o princípio da preservação da empresa se justifica como meio indireto de conservar a sociedade, removendo a causa de crise empresarial a fim de que possa continuar a cumprir seu objeto, ao entender que existem interesses sobrepostos aos dos sócios e seus credores, que são os interesses dos funcionários, do mercado, da riqueza nacional, da comunidade onde a empresa está inserida, etc.(tradução nossa).³⁴

O princípio da preservação passa a atender, portanto, à relação de importância da atividade econômica para a comunidade,³⁵ como paradigma constitucional do tratamento da empresa em crise. Reconhece-se que a continuação da unidade produtiva interessa à sociedade na medida em que a extinção da empresa pode trazer problemas de crises laborais, de falta de

34 No original: “Se justifica el principio de conservación de la empresa a través del método indirecto de conservar la sociedad, removiendo la causal de disolución a fin de que pueda seguir cumpliendo el objeto, forma de darse la empresa y su conservación, al entender que existen intereses superpuestos al de los socios y de sus acreedores, cual son los empleados, la organización del mercado, la riqueza nacional, la comunidad donde está inserta la empresa, etc.”. (RICHARD, 2010, p. 292).

35 O direito empresarial é marcado pelo estudo de teorias da personalidade jurídica e interesse social, divididas em teorias contratualistas e institucionalistas. Para a primeira teoria, o interesse social das pessoas jurídicas equivaleria à soma dos interesses individuais dos sócios. Para a segunda teoria, o interesse social da empresa não poderia ser visto apenas como interesse dos acionistas, mas envolveria também os interesses ligados os empregados, consumidores e credores, a partir da qual passou-se a estudar alternativas para a implementação prática deste interesse social, ligado à função social da empresa. Nesse sentido, ver Ana Frazão (2011, p. 121-131).

produtos no mercado, de escassez de recursos públicos para prestação dos serviços essenciais, entre outros. (TOGNOLA, 2008. p. 255-260.)

Assim, pode-se acentuar que o interesse da sociedade que o princípio da preservação da empresa visa amparar, afora o intento lucrativo dos sócios e/ou investidores, pode ser visto por cinco ângulos: i) o dos empregados, ii) o do mercado,³⁶ iii) o do conjunto de credores/fornecedores, iv) o dos consumidores e v) o do Estado, na função de arrecadador de tributos, de implementador de desenvolvimento nacional e de protetor dos outros quatro interessados. Embora sejam ângulos de interesses que se confundem e se misturam, eis que os empregados e demais credores da empresa, sob outro viés também são consumidores, e embora seja de toda a sociedade e não só do Estado o interesse pela manutenção do mercado competitivo e pelo desenvolvimento nacional, eles podem ser analisados separadamente, para melhor visualização.

Sob a perspectiva dos empregados, o princípio da preservação da empresa visa resguardar a percepção dos salários, eventualmente, atrasados e, mais especificamente, a preocupação pela manutenção de seus postos de trabalho.

Além disso, importante ponderação é feita por Ecio Perin Junior, para quem a preservação da empresa atende não só ao interesse dos trabalhadores assalariados com vínculo empregatício, mas também ao da parcela de não assalariados com relações adjacentes:

[...] pode-se concluir que a preservação da empresa exerce função social preponderante, uma vez que atinge não só a manutenção do emprego formal como também paralelamente o

36 Refere-se a mercado como uma instituição jurídica composta por agentes (agentes do mercado) que se relacionam por meio de comportamentos regulados, ou melhor, como uma ordem “no sentido de regularidade e previsibilidade de comportamentos, cujo funcionamento pressupõe a obediência, pelos agentes que nele atuam, de determinadas condutas.” (GRAU, 2010, p. 28).

emprego informal. Ou seja, a espiral econômica virtuosa, com a manutenção da fonte produtiva e consequente manutenção dos empregos formais, atinge também os informais subjacentes a essa fonte, proporcionando, além da manutenção da capacidade de consumo do trabalhador, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.(PERIN JUNIOR, 2009, p. 37.)

Ressalta-se, portanto, a atenção não só aos interesses dos empregados da própria empresa em estado de crise econômico-financeira, mas também dos trabalhadores cuja renda dependa da riqueza auferida pelos assalariados, como os empregados domésticos, por exemplo.

O interesse do mercado empresarial aparece ligado à manutenção da livre iniciativa e da livre concorrência, que pugnam pela existência de uma ampla diversidade de empresas atuando nos diferentes setores da economia. O encerramento de uma ou várias empresas pode levar à formação de setores monopolizados, em grave prejuízo à livre concorrência. O interesse da sociedade se reflete no interesse de manutenção do mercado concorrencial, já que, como acentua Rachel Sztajn, “a disputa entre os participantes que atuam no lado da produção estimula a diversificação da oferta de bens e serviços sem redução das quantidades, aumentando as opções disponíveis para o consumidor sem elevar o preço dos bens”.(SZTAJN, 2010, p.38.)

Sob o ângulo das demais empresas fornecedoras e credoras daquela em situação de crise, percebe-se seu interesse na preservação da empresa, acentuadamente, no temor das falências em cadeia, ou em cascata, como manifestado por Juan Esteban Puga Vial:

No caso de um devedor atuante na economia...[sua quebra] pode afectar negativamente, com mais ou menos força, o desempenho macroeconômico, colocando em cheque, em particular, o sistema de crédito, considerando o fenômeno que nós chamamos de concatenação dos patrimônios, o que pode significar um sem

número de falências ou insolvências em cadeia; e também, em geral, o mercado, porque, de alguma forma, o falido produzirá uma distorção do mecanismo de circulação de riquezas. (tradução e grifo nosso).³⁷

A potencialidade da falência de uma empresa, mesmo que de pequeno porte, provocar também o fechamento de outras que lhe serviam de fornecedora exclusiva ou de subcontratada aumenta o interesse pela manutenção das fontes produtoras, uma vez que “uma unidade empresarial de dimensões reduzidas pode representar um elo insubstituível numa cadeia de produção” e o seu fechamento tem um grave potencial de lesividade a outras empresas, com reflexos diretos na economia local ou nacional. (COMPARATO, 1990, p. 15.)

Àqueles que se encontram na condição de consumidores interessa a preservação da atividade empresarial na medida em que permite a continuidade do fornecimento dos produtos ou serviços e, também, pela ampliação da concorrência, que possui reflexo direto na formação dos preços dos bens consumidos.

O interesse do Estado é múltiplo. O princípio da preservação da empresa atende, primeiramente, ao flagrante interesse do Estado na geração de receita tributária.

Insta lembrar que o Estado possui a função de prestar serviços públicos, os quais requerem grande disponibilidade de receita pública auferida, essencialmente, pela cobrança de tributos gerados pela atividade

37 No original: “tratándose de una deudor de entidad relativa en la economía... pueden incidir negativamente, con mayor o menor fuerza, en el funcionamiento macroeconómico, poniendo en jaque así al sistema crediticio en particular, considerando el fenómeno que hemos denominado de la concatenación de patrimonios lo que en concreto puede significar un sinnúmero de quiebras o insolvencia en cadena; y al mercado en general, pues de algún modo el quebrado producirá una distorsión de este mecanismo de circulación de la riqueza.” (RICHARD, 2010, p. 38).

produtiva da iniciativa privada.³⁸ O encerramento de uma atividade empresária representa a diminuição da arrecadação, o que dependendo do porte da empresa contribuinte e do local na qual ela se situa pode comprometer significativamente um caixa Municipal, por exemplo.

Há, também, evidente interesse do Estado na preservação da atividade empresária em crise diante da contribuição desta para geração e circulação de riqueza, necessária para o desenvolvimento nacional. Além disso, da redução dos postos de trabalho em determinada comunidade pode advir aumento de criminalidade, demandando mais ações sociais por parte do próprio Estado. Também a redução das desigualdades regionais pode ser comprometida se não houver mecanismos de amparo a empresas situadas nas diversas regiões do país.

Gerardo Santini, na obra *La reforma del derecho de quiebra*, do ano de 1982, já notava que o interesse público na continuação da empresa se evidencia por motivos sociais e por motivos econômicos, salientando que:

Sob o aspecto social, visar-se-ia a impedir o desemprego em massa, que poderia comprometer a paz social regional ou nacional. Economicamente, porque a cessação das atividades da empresa em crise poderia provocar efeitos prejudiciais no mercado, pela desapareção ou escassez de bens e serviços necessários ou úteis para a economia nacional ou para a exportação, ou também a perda de um estabelecimento moderno com alta tecnologia que tenha como conseqüência um valor objetivo. (ABRÃO, 1985, p. 45.)

Além disso, o Estado tem a função de garantir que os cidadãos, enquanto empregados, consumidores e formadores do mercado econô-

38 Rachel Machado traz interessante análise sobre o crescimento dos gastos públicos e a carga tributária, acentuando o problema da aplicação inadequada da receita fiscal. (MACHADO, 2007. p. 56-77).

mico, tenham seus interesses protegidos. Nesse sentido, acentua Waldo Fazzio Junior:

Se é verdade que a proteção do crédito mantenedor da regularidade do mercado é um intento que precisa ser perseguido, não é menos verdade que o interesse socioeconômico de resguardar a empresa, como unidade de produção de bens e/ou serviços, prevalece sobre quaisquer outros afetados pelo estado deficitário, porque se revela como o instrumento mais adequado para atender aos interesses dos credores, dos empregados e do mercado. (FAZZIO JÚNIOR, 2005, p. 36)

Dessa forma, o princípio da preservação da empresa decorrente do interesse público na geração de riqueza e renda promovida pela atividade empresarial indica que é preciso congrega interesses individuais muitas vezes desconectados, a partir da perspectiva geral de que para manutenção da sociedade capitalista e para existência justa dos cidadãos, a empresa deve ser vista como instituição essencial. (SIMIONATO, 2008. p. 35.)

5 Conclusão

A preservação da empresa aparece em nosso ordenamento jurídico como um princípio constitucional implícito decorrente dos dispositivos da ordem constitucional econômica e dos dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que foi incorporado na Lei 11.101/2005 como marco axiológico do direito da insolvência .

Esse status de princípio permite que a preservação da empresa sirva de parâmetro interpretativo para o controle judicial de eventuais abusos da devedora ou dos credores na utilização do instituto recuperatório.

Os interesses que gravitam em torno da manutenção de uma fonte produtora, tais como o interesse dos empregados, do mercado de crédito, dos fornecedores, dos consumidores dos produtos e serviços produzidos e do próprio ente público Estatal, especialmente no papel de arrecadador de tributos, justificam a preocupação do legislador em criar institutos capazes de eficazmente auxiliar as empresas a saírem de suas situações de crise.

Não se pode, entretanto, olhar para o mecanismo da recuperação judicial como instrumento de preservar a empresa a qualquer custo.

É igualmente importante lembrar-mo-nos dos reflexos da legislação falimentar/recuperatória na política de crédito do país. Isso significa que os credores não podem ser menosprezados no processo de soerguimento da atividade em nome de uma política pública preservacionista. O sacrifício exagerado imposto aos credores no regime recuperatório pode ter reflexos tão graves no setor de investimentos e desenvolvimento nacional, que a preservação da empresa não justifique. Impende que o judiciário não caia na tentação assistencialista de buscar preservar a empresa a qualquer custo.

Por tal razão, não se pode perder de vista que o objetivo do instituto da recuperação judicial é obter uma forma de atender aos credores da empresa, a partir de uma axiologia preservacionista.

O caráter instrumental do princípio da preservação da empresa no âmbito do instituto da recuperação judicial é claro no sentido de compatibilizar a satisfação dos credores com o soerguimento da atividade empresarial que efetivamente se mostrar viável.

Referências

ABRÃO, Nelson. *O novo direito falimentar: nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. *Curso de direito falimentar*. 5. Ed. ver., atual. e ampl. por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1997.

AGUIAR, Márcio Luiz. *Empresa: recuperação e liquidação na nova lei de falências*. Florianópolis: Habitus, 2006.

BONILLA, Claudio et al. *Análisis y recomendaciones para una reforma de la Ley de quiebras*. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=rafael_mery>. Acesso em: 08 mar. 2011.

BORGARELLO, Luisa Isabel. ¿Es la conservación de la empresa el objetivo fundamental é g derecho concursal?, p. 31. In: *Cuarto congreso iberoamericano de derecho concursal: crisis de la é gimen mundial y concursalidad*. Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria, 2008. P. 29-36.

BULGARELLI, Waldirio. *O novo direito empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*, 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 3 v.

COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.

_____. A reforma da empresa. In: _____. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990. P. 3-26.

DASSO, Ariel. A. *Un “nuevo” derecho concursal en el derecho comparado – en ocasión de la reforma al é gimen italiano (2005/2006)*. Disponível em: <www.derecho-comparado.org/.../DassoArielUnNuevoDerechoConcursal.html>. Acesso em: 09 out. 2010.

0100844-07.2013.8.26.0000. Agravante: Itaú Unibando S/A. Agravado: Otica Voluntarios Ltda. Relator: José Reynaldo. São Paulo, 03 de fev. 2014. *Portal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. São Paulo, 2014. Disponível em : <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?paginaConsulta>>. Acesso em : 21/03/2014.

ESTEVEZ, André Fernandes. Das Origens do Direito Falimentar à Lei n. 11.101/2005. *Revista jurídica empresarial*. Sapucaia do Sul, ano. 3, n. 15, p. 11-50, jul/ago. 2010.

_____. Influências do princípio da preservação da empresa no direito falimentar: critérios para a derrubada do veto dos credores (Cram down) sobre o plano de recuperação judicial. In: ESTEVEZ, André Fernandes; JOBIM, Márcio Félix (Org.). *Estudos de Direito Empresarial: homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2005.

FONSECA, William Lopes da. *O papel da ação estatal na recuperação da empresa em crise econômica e o projeto de reforma da lei de falências*. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br/materias/doutrina-comercial>>. Acesso em: 09 fev. 2011.

FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

LACERDA, Antonio Correa de. *Globalização e investimento estrangeiro no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

LISBOA, Marcos de Barros et al. A racionalidade econômica da nova lei de falências e de 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. 31-60.

LOBO, Jorge. Direito da crise econômica da empresa. *Revista dos tribunais*, São Paulo, ano 87, n. 754, p. 11-44, ago. 1998.

_____. Direito da empresa em crise (a nova Lei de Recuperação da Empresa). *Revista forense*, Rio de Janeiro, vol. 379, p. 119-131, maio/jun. 2005.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Interesse público e direitos do contribuinte*. São Paulo: Dialética, 2007.

MACHADO, Rubens Approbato. Visão geral da Nova Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 que reforma o Decreto-Lei 7.661, de 21.06.1945 (Lei de Falências) e cria o instituto da Recuperação da Empresa. In: _____ (coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MENEZES, Mauricio Moreira Mendonça de. Função sócio-econômica da empresa em recuperação judicial. *Revista semestral de direito empresarial*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 49-86, jul/dez. 2007.

PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata: comentários à lei de falências: doutrina, prática e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERIN JUNIOR, Ecio. *Preservação da empresa na lei de falências*. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOSSEK, Carlos Roberto Antoni; CRISTOFARO, Giovana E. Del C. ¿ Hacia dónde arrostra el derecho concursal? ¿Debe romper el cerco para que la empresa perdure? p. 23. In: *Cuarto Congreso iberoamericano de Derecho Concursal: crisis de la economía mundial y concursalidad*. Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.

POSNER, Eric A. *The political economy of the bankruptcy act of 1978*. 96 *Michigan Law review* (1997), p. 53. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=10460>>. Acesso em: 10 out. 2010.

SENADOR RAMEZ TEBET. Relatório do Senador Ramez Tebet, da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o Projeto de Lei da Câmara n.71 de 2003. In: MACHADO, Rubens Approbato (coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 341 -386.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 1 v.

RICHARD, Efrain Hugo. *Perspectiva del derecho de la insolvência*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2010.

ROWAT, Malcolm; ASTIGARRAGA, José. *Latin American insolvency systems: a comparative assessment*. World bank technical paper, n. 433, 1999. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/.../WDSP/.../multi_page.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2011.

SANDULLI, Michele. *Crisi dell'impresa ed alternative al fallimento*. Disponível em: <<http://www.ilfallimento.it/dottrina/04.htm>>. Acesso em: 16 fev. 2011.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de direito falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, João Calvão; RODRIGUES, Frederico Viana. Os novos paradigmas do direito concursal: uma análise jus-comparatística sob o prisma do regime português. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, São Paulo, ano 10, n. 36, p. 224-240, abr/jun. 2007.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2005. p. 211-230.

SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2.ed. São Paulo: Método, 2006.

TEPEDINO, Ricardo. A recuperação da empresa em crise diante do Decreto-Lei 7.661/1945. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, ano XLI, n. 128, p. 165-173, out/dez. 2002.

TOGNOLA, Andrea Lansot. El interés de los acreedores versus el principio de conservación de la empresa. In: *Cuarto congreso iberoamericano de derecho concursal: crisis de la economía mundial y concursalidad*. Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.

VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios: estudos sobre a Lei n. 11.101/05*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WALD, Arnaldo. O direito da crise e a nova dogmática. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, São Paulo, ano 12, n. 43, p. 21-44, jan/mar. 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 3. ed. rev.atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ZABALETA DÍAZ, Marta. *El principio de conservación de la empresa en la ley concursal*. Navarra: Thomson Civitas, 2006.

ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. *Empresa na ordem econômica: princípios e função social*. Curitiba: Juruá, 2009.

▼ recebido 4 abr. 2014 / aprovado em 2 jul. 2014

Para referenciar este texto:

RAMMÊ, A. S.; SILVA, R. P. Recuperação judicial: axiologia, objetivo e interesses externos à empresa. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 271-302, jan./jun. 2014.