



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Princípios Constitucionais Gerais da Atividade Econômica em face da Lei de Falência e
Recuperação de Empresa

Simone Menezes Gantois

Rio de Janeiro
2010

SIMONE MENEZES GANTOIS

Princípios Constitucionais Gerais da Atividade Econômica em face da Lei de Falência e Recuperação de Empresa

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval
Prof.^a Kátia Araujo da Silva
Prof.^a Mônica Areal
Prof.^a Neli Fetzner
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2010

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS GERAIS DA ORDEM ECONÔMICA EM FACE DA LEI DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESA

Simone Menezes Gantois

Graduada pela Faculdade de Direito
Cândido Mendes - Centro. Advogada.

Resumo: O presente artigo trata da lei nº 11.101/05 que trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro o instituto da recuperação judicial, como meio de implementação e concretização dos princípios constitucionais gerais da ordem econômica. Nesse contexto, foi feita uma breve análise acerca da importância da manutenção da atividade empresária para a macro e a microeconomia, demonstrando que a *novel* legislação revela uma face de política pública decorrente de normas programáticas contidas na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Empresarial, Constitucional, Princípios Constitucionais, Atividade Econômica.

Sumário: Introdução. 1- Princípios Constitucionais Gerais da Atividade Econômica. 2- A Lei nº 11.101/05 e as Inovações em Relação ao Decreto-lei nº 7.661/65. 3- O Âmbito de Aplicabilidade dos Princípios Constitucionais em Relação à Lei nº 11.101/05. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Antes da Constituição Federal de 1988 até 2005, vigeu o Decreto-lei nº 7.661/45, que era denominado Lei de Falências e Concordatas. Essa legislação era de certo modo adequada à ordem econômica constitucional então vigente e à realidade social que nesse contexto se apresentava. O Brasil acabava de sair de uma Ditadura Militar e os preços eram tabelados

pelo governo.

Ocorre que, com o advento da Constituição Federal de 1988, uma nova ordem jurídica foi imposta a todos os indivíduos e também a todos os ramos do Direito, entre eles o então denominado Direito Comercial.

Dentre as substanciais mudanças trazidas pela nova constituição, uma das que mais repercutiram nesse seguimento do Direito foi o Título VII, Capítulo I – Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, que logo no *caput* do art. 170 fundamentou a ordem econômica na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o fim de garantir a todos a existência digna. Foram elencados nove princípios, sendo os mais relevantes para a proposta deste estudo: a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência e a busca do pleno emprego.

A sociedade brasileira evoluiu, o mercado econômico evoluiu não só sob o aspecto mercadológico, mas também por fenômenos mundiais como a tecnologia e a globalização. Com essas alterações sócio-econômicas e a partir desse novo paradigma constitucional, o Decreto-lei nº 7.661/45, que já era uma legislação muito antiga, passou a não mais atender às necessidades trazidas pela nova ordem, de modo que em 2005 foi promulgada a Lei nº 11.101/05 — Lei de Falência e Recuperação de Empresa — já sob a égide do Direito Empresarial, que buscou adequar esse ramo do Direito à nova realidade sócio-econômica brasileira.

O enfoque principal deste trabalho será a análise do instituto da recuperação judicial, porque foi ele que efetivamente procurou dar efetividade aos princípios constitucionais acima elencados.

A recuperação judicial passou a dar a importância necessária à empresa e à sua manutenção, bem como à relevância da intervenção do Estado, por meio do Poder Judiciário, para preservação da “vida” de uma sociedade empresária.

A sociedade empresária, assim como o empresário individual, também beneficiado pela Lei nº 11.101/05, são responsáveis pelo sustento da maior parte da sociedade brasileira, assim como do Estado, através de recolhimento de tributos e, por isso, repercute na economia tanto em seu aspecto micro, como em seu aspecto macroeconômico, o que justifica a relevância do presente trabalho.

Desse modo, deve-se olhar para a Lei nº 11.101/05 sob as lentes da Constituição Federal, questionando-se até que ponto o Estado, com fundamento nesses princípios, deve intervir na iniciativa privada para tutelar a manutenção da empresa. É necessário analisar se e quais paradigmas foram efetivamente rompidos com o advento da nova legislação. Releva fazer a verificação de qual a verdadeira importância do instituto da recuperação judicial. E, finalmente, é preciso fundamentar juridicamente a necessidade de manutenção empresa e a importância dos aspectos constitucional e legal para concretização do modelo econômico capitalista, neoliberal.

É desse ponto de partida e dessa perspectiva que se pretende analisar a Lei nº 11.101/05.

1 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

O Estado brasileiro, que sempre adotou o sistema econômico capitalista, com o advento da Constituição Federal de 1988, passou a implementar de certo modo, através de suas regras de conteúdo programático e de seus princípios, o modelo neoliberalista.

O modelo neoliberalista consiste em uma interferência moderada do Estado na iniciativa privada. Isso implica dizer que à iniciativa privada é garantida a autonomia da

vontade, com plena autonomia para fazer aquilo que a lei não veda (art. 5º, II da CRFB), contudo o Estado regulará essas atividades e também será responsável pela fiscalização desse exercício – denominando-se Estado Regulador.

Assim, o Estado Regulador se consubstanciar-se-á como agente normativo que cria normas jurídicas destinadas à regulação da ordem econômica como um todo, seja fiscalizando, seja incentivando, seja planejando e, mais incisivamente, intervindo, quando tal medida extrema demonstre-se necessária.

A partir desse contexto, inserem-se os princípios constitucionais gerais da ordem econômica, uma vez que essas atividades regulatórias exercidas por este Estado Regulador nada mais são que a implementação prática desses princípios que foram delimitados a partir da nova ordem constitucional inaugurada em 1988.

É claro que nem todas as medidas postas em prática por esse Estado Regulador serão relevantes para o objeto do presente trabalho, todavia fez-se necessário mencioná-los com o fim de dimensionar a amplitude da aplicabilidade desses princípios. Interessará, porém, a intervenção desse Estado Regulador em seu modo mais drástico, mais especificamente quando se tornar necessária a tutela jurídica do Poder Judiciário, como meio de proteção da ordem econômica.

O modelo neoliberalista fundamenta-se nos princípios constitucionais gerais da atividade econômica, calcado no trabalho humano e na livre iniciativa, com o fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, entre os quais: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego, tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

O princípio da soberania nacional mencionado no art. 170, I da CRFB não tem o mesmo significado de soberania mencionado no art. 1º, I da CRFB. Essa soberania nacional,

no âmbito da ordem econômica, é a soberania nacional econômica, que implica em um objetivo a ser alcançado, como nas palavras de Eros Roberto Grau¹, “A afirmação da soberania nacional econômica não supõe o isolamento econômico, mas antes, pelo contrário, a modernização da economia — e da sociedade — e a ruptura de nossa situação de dependência em relação às sociedades desenvolvidas.”, e não apenas isso, mas também um instrumento para realização do fim de assegurar a todos existência digna, o qual o faz adquirir feição própria de política pública.

Além disso, esse princípio abre espaço para o exercício do poder de império do Estado Regulador dentro de seu território, bem como submete toda a iniciativa privada às regras e princípios por ele impostos.

O princípio da propriedade privada, não pode ser analisado mais de modo isolado, pois hoje é relativizado pelo princípio da função social da propriedade, ambos previstos no art. 170, II e III da CRFB. Assim como o princípio anterior, ambos carregam diretrizes, fins a serem alcançados, assumindo verdadeira feição de política pública. Não há aqui o mesmo sentido e alcance da propriedade privada e da função social da propriedade previstos no art. 5º, XXII e XXIII da CRFB, ao revés, seu sentido e âmbito de aplicação são muito diferentes. A primeira diferença é que não se trata aqui da tutela de um direito individual e de sua função individual. O art. 170, II e III da CRFB não trata dessa garantia, mas de uma moderna conotação econômica que considera a disciplina da propriedade privada como elemento que se insere no processo produtivo, que converge em outros tantos interesses que concorrem com aqueles do proprietário e, de modo diverso, o condicionam e por ele são condicionados.

Essa propriedade privada recebe novo tratamento, para considerar unicamente os bens de produção, uma vez que o ciclo da propriedade dos bens de consumo esgota-se na sua própria fruição. Nesse contexto insere-se a função social da propriedade, conforme enuncia

¹ GRAU, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 230.

Eros Roberto Grau²:

Aí, incidindo pronunciadamente sobre a propriedade dos bens de produção, é que se realiza a função social da propriedade. Por isso se expressa, em regra, já que os bens de produção são postos em dinamismo, no capitalismo, em regime de empresa.

Essa função social da propriedade é, na verdade vista, como uma função social ativa. Por se tratar de uma função, traz consigo um verdadeiro poder-dever, trazendo ao direito privado algo até então tido por exclusivo do direito público, que é o condicionamento do poder a uma finalidade. E não é só. Essa função impõe ao proprietário — ou àquele que detém o controle da empresa — o dever de exercê-lo em benefício de outrem, e não apenas de não o exercer em prejuízo de outrem, emergindo assim como fonte da imposição de comportamentos positivos e não somente negativos.

Desse modo, o princípio da função social da propriedade passa a integrar o conceito jurídico-positivo de propriedade, de modo a determinar profundas alterações estruturais na sua interioridade. Concluindo: em razão disso, é que justamente a sua função justifica e legitima essa propriedade.

O princípio da livre concorrência está diretamente atrelado ao princípio da livre iniciativa, previsto no *caput* do art. 170 da CRFB, que consiste na possibilidade do exercício de qualquer atividade econômica desde que não vedada em lei e, se for o caso, se preenchidos os requisitos legais exigidos para o seu livre exercício (art. 170, parágrafo único da CRFB).

Embora a livre iniciativa seja mencionada tanto como fundamento da República (art. 1º, IV CRFB), quanto como princípio da ordem econômica, em cada momento possui um contexto diferente. Não se pode visualizá-la apenas sob a feição de liberdade de iniciativa econômica e de autoafirmação do capitalismo, até porque não é apenas isso.

Não se exclui, é claro, essa conotação, tanto no que se refere ao princípio da livre iniciativa, quanto no princípio da livre concorrência, dentro de uma perspectiva de liberdades

² GRAU, *ibidem*, p. 242.

públicas e liberdades privadas, seja na faculdade de criar e explorar a atividade econômica a título privado, faculdade de conquistar clientela, desde que não através de concorrência desleal, proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência (liberdade privada), seja a não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei e a neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes (liberdade pública).

Entretanto, esses princípios não denotam apenas essa normatividade. Eles possuem outra dimensão. A liberdade de iniciativa, no contexto da ordem econômica constitucional vigente, não é titularizada apenas pela empresa, mas também pelo trabalho, ou seja, observam-se tais princípios também como um modo de expressão do trabalho, corolário da valorização do trabalho, do trabalho livre, por isso inclusive que, no *caput* do art. 170 da CRFB, a livre iniciativa vem enunciada “de mãos dadas” com a valorização do trabalho humano.

O mesmo ocorre com o princípio da livre concorrência, que traz sua carga de liberdades públicas e privadas, como já dito, mas também tem agregado outra carga normativa. Isso porque o próprio texto constitucional no art. 173, §4º da CRFB reconhece o princípio da repressão aos abusos do poder econômico e a própria existência de um poder econômico, que, aliás, é a regra e não a exceção. Assim, embora pareça contraditório, o Constituinte Originário, verificando essa peculiaridade do sistema capitalista inseriu, o princípio da livre concorrência não apenas para garantir o exercício da liberdade pelos agentes econômicos, mas sobretudo, para impedir o exercício descontrolado desse poder, a ponto de permitir a competição a partir de um quadro de igualdade jurídico-formal. Em suma: objetiva-se coibir o “capitalismo selvagem”.

O princípio da defesa do consumidor, previsto no inciso V do art. 170 da CRFB, constitui uma diretriz, que conclama a implementação de políticas públicas. Decorre

essencialmente da tentativa de obter um verdadeiro equilíbrio de forças, dentro do sistema capitalista, onde o consumidor se revela a verdadeira força motriz de todo o sistema, já que é o destinatário dos bens de consumo produzidos e encontra-se em situação de desigualdade perante àqueles que exercem a atividade econômica.

O princípio da defesa do meio ambiente elencado no art. 170, VI da CRFB, assim como o princípio anteriormente mencionado, constitui uma diretriz, que requer a implementação de políticas públicas. Esse princípio revela-se intrinsecamente ligado aos princípios da garantia do desenvolvimento, do pleno emprego e, sobretudo, o da garantia a todos de uma existência digna, uma vez que um dos objetivos da República Federativa do Brasil, leia-se, sociedade brasileira, é alcançar uma economia auto-sustentada, que depende necessariamente da preservação e do uso racional dos recursos naturais para que as gerações futuras também possam gozar dos seus benefícios.

Igualmente revelador do caráter de verdadeira norma constitucional programática, a justificar a reivindicação pela realização de políticas públicas, é o princípio da redução das desigualdades regionais e sociais, mencionada no inciso VII do art. 170 da CRFB, que também constitui objetivo fundamental previsto no art. 3º, III da CRFB. Esse princípio parte do pressuposto de que existem no Brasil diferenças sócio-econômicas regionais, o que é absolutamente positivo, pois denota dados de realidade contidos na carta magna, afastando a ideia que muitas vezes se verifica de que a Constituição Federal revela um “mundo do faz de conta”. Em razão disso, calca-se na busca da reversão desse quadro, através de políticas públicas que devem ser implementadas. O que o referido princípio propõe, na verdade, é a instalação de bem-estar, como se vê nas palavras de Eros Roberto Grau³:

[...] O programa que se propõe é senão o de instalação de uma sociedade estruturada segundo o modelo *Welfare State*; e, porque seja assim, a quantos sustentem que a Constituição de 1988 postula mais bem-estar para a sociedade brasileira [...]

³ GRAU, *Ibidem*, p. 220

O princípio da busca do pleno emprego (art. 170, VIII da CRFB), que nada mais é que um dos objetivos sociais – direito constitucional de 2ª geração - a ser alcançado através do cumprimento dos princípios anteriormente mencionados, busca em última análise atingir a preservação da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e a erradicação da pobreza e da marginalização (art. 1º, III e IV e art. 3º III da CRFB), assim como ocorre com o princípio anteriormente esposado.

Esse princípio revela a clara intenção de equilíbrio de todos os fatores econômicos e produtivos, reverberando uma verdade, na medida em que está coligado à valorização do trabalho humano em harmonia com o exercício da atividade econômica em sentido estrito.

Por fim, o último princípio previsto no elenco do art. 170 da CRFB, o princípio do tratamento especial para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham a sua sede e administração no país (inciso, IX, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 06/95), embora não revele verdadeira diretriz, também clama, em seu bojo, pela realização de políticas públicas com o fim de lhe garantir aplicabilidade.

Tal princípio possui uma peculiaridade em relação aos anteriormente tratados, pois constitui, em termos relativos, uma “cláusula transformadora” — nomenclatura usada por Eros Roberto Grau⁴ — pois ainda que seja possível afirmar, de certo modo, que o modelo econômico brasileiro seja neoliberal, com forte tendência ao modelo de bem-estar, o modelo econômico brasileiro revela-se peculiar, porque aberto a modificações, que, embora não permita o ordenamento constitucional que sejam elas extremas — daí ter tendência ao modelo de bem-estar — não é um modelo totalmente definido e, por essa razão, está sujeito a transformações.

Essas transformações tornam-se possíveis através de uma interpretação dinâmica da Constituição Federal que deve se adequar às mudanças da realidade social, aspecto que nunca

⁴ GRAU, *Ibidem*, p. 259.

deve ser afastado por todos os “atores” do direito, isto é, todos, mas precipuamente ao Poder Judiciário.

Como se vê, a Constituição Federal não pode ser analisada em seus dispositivos isoladamente, por uma simples razão, ela é o arcabouço legislativo fundamental do Estado brasileiro, é um sistema interdependente, que deve sobreviver harmonicamente, de modo que todas as suas regras e princípios coexistam e se interrelacionem direta ou indiretamente: um todo coerente. Um princípio constitucional geral da atividade econômica irá repercutir nos direitos fundamentais, nos direitos sociais, assim como nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Esses princípios estão relacionados à lei de recuperação das empresas (Lei nº 11.101/05), tanto direta, quanto indiretamente, porque, antes da entrada em vigor da citada lei, vigia o decreto-lei nº 7.661/45, anterior à ordem constitucional ora vigente, que não se preocupava em reafirmar os princípios gerais da atividade econômica, nem perseguia a manutenção e o fomento da atividade econômica, que hoje também são de responsabilidade do Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174, *caput* da CRFB). Assim é possível afirmar que a República Federativa do Brasil chamou para si a responsabilidade de regular o mercado econômico com um todo. Isso não significa intervir diretamente, a não ser quando isso se torne inevitável e necessário, mas buscar o equilíbrio entre as forças e interesses de todos os fatores econômicos: bens e pessoas.

Ab initio e de modo bastante propedêutico, pode se afirmar que o instituto criado pela Lei nº 11.101/05 consiste em legislação de cunho material e processual que objetiva evitar que a crise na atividade econômica desenvolvida acarrete a falência de quem a explora, o que nada mais é que uma forma drástica e direta de intervenção do Estado na atividade econômica, por meio do Poder Judiciário, visando a dar efetividade aos princípios constitucionais gerais da atividade econômica trazidos juntamente com a Constituição Federal de 1988 e isso será

analisado mais pormenorizadamente adiante.

2 - A LEI Nº 11.101/05 E AS INOVAÇÕES EM RELAÇÃO AO DECRETO-LEI Nº 7.661/65

Em primeiro lugar, é preciso esclarecer que as regras trazidas pela Lei nº 11.101/05 aplicam-se à sociedade empresária e ao empresário individual, conforme previsão expressa no art. 1º, excluídas as empresas públicas, sociedades de economia mista e instituições financeiras, na forma prescrita pelo art. 2º todos da mencionada lei.

Isso implica dizer que o instituto da recuperação judicial não se aplica a empresa, em seu conceito jurídico, uma vez que empresa é elemento abstrato, consistente na intenção do seu titular em promover o exercício da atividade econômica de forma organizada, com o objetivo de auferir lucros, não é sujeita a direito algum, pois se trata da própria atividade, muito embora a busca é de que ela seja preservada. Quem ostenta a condição de sujeito de direitos previstos na mencionada lei, como já dito, é o empresário ou a sociedade empresária, pois são eles os titulares da empresa (atividade econômica desenvolvida).

Dessa forma, o empresário ou a sociedade empresária no exercício legítimo da livre iniciativa, ao exercer sua atividade econômica, passa necessariamente a pagar impostos, gerar empregos, isto é, passa a ser elemento integrante da circulação e geração de riquezas, força motriz da economia.

Essa circulação e geração de riquezas repercutem no âmbito microeconômico quando atingem diretamente a vida daqueles que se beneficiam da atividade econômica exercida – Estado (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) — na arrecadação de tributos;

empregados e os sócios ou empresário que auferem renda e a sociedade que se beneficia direta ou indiretamente dos produtos ou serviços prestados, e, também, no âmbito macroeconômico, já que um número incontável de atividades econômicas sendo exercidas concomitantemente faz com que toda a economia gire harmonicamente e se desenvolva para o crescimento sustentável da economia.

Para que o Estado, com função normativa e regulatória atinja um de seus objetivos — previstos nos incisos do art. 170 da CRFB —, que é o incentivo ao livre exercício da atividade econômica em sentido estrito, e com isso realize concretamente os princípios constitucionais previstos nos art. 1º, 3º, 5º e 7º da CRFB, é preciso que atividade econômica lícita seja preservada e é daí que emerge a importância do instituto da recuperação da empresa, trazido pela Lei nº 11.101/05.

O assunto era tratado anteriormente pelo Decreto-lei nº 7.661/45, sob o instituto da Concordata, mais precisamente a Concordata Preventiva, que não atendia mais aos ditames trazidos pela Constituição Federal de 1998, já que advinha de ordem constitucional anterior que não tinha em seu contexto o modelo neoliberal, que busca a realização do modelo de bem-estar.

O principal objetivo da nova legislação foi, com a intervenção do Poder Judiciário, viabilizar a superação da crise do devedor, leia-se, sociedade empresária ou empresário individual, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora de riquezas, dos empregos, e também dos interesses dos credores, aqui incluído o Estado arrecadador de impostos, promovendo a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (Estado na função de planejamento, fiscalização e incentivo – art. 174, *caput* da CRFB).

O instituto da Concordata já não atendia aos interesses dos credores e, com o advento da recuperação judicial, foi mantida a participação dos credores, só que de forma facultativa e voluntária e não mais compulsória (art. 35 a 46 da Lei nº 11.101/05). O Decreto-lei nº

7.661/65 considerava como parâmetro a impontualidade, não condicionada à pluralidade de credores, e hoje é exigido um valor mínimo legalmente fixado para seu deferimento.

Isso gerava situações discrepantes, tanto no que se refere ao instituto da Concordata, como ao da Falência. Eram formulados pedidos baseados em valores creditícios irrisórios, por um só credor, o que por vezes acarretavam enormes prejuízos a devedores cuja atividade exercida era plenamente viável, apenas porque enfrentava uma momentânea crise de liquidez. O procedimento era rigorosíssimo e redundava em dissipação do patrimônio, que é justamente a garantia dos credores e isso gerava, por fim, a quebra prejudicando o devedor, credores, empregados, Estado e o próprio mercado.

O superado instituto da Concordata permitia uma série de meios para o mau devedor dilapidar o patrimônio da empresa, em detrimento de credores de todas as espécies o que refletia no mercado de crédito (indexação de seus juros), impactando diretamente na macroeconomia.

A Lei nº 11.101/05, hoje vigente, oferece a oportunidade de recuperação e manutenção da empresa (atividade) — até mesmo quando já não é mais possível salvar o empresário individual ou a sociedade empresária —, beneficiando todos os que eram prejudicados. Nesse contexto, entra o papel essencial da intervenção estatal por meio do Poder Judiciário, que vai permitir concretização dessa possibilidade com a qual toda a sociedade sai ganhando, mas que teve o seu poder relativamente mitigado com o fim de garantir a menor duração do processo (art. 5º, LXVIII da CRFB).

Em lugar da antiga Concordata Preventiva, surgiu, então, o instituto da recuperação judicial, que trouxe a chance de sobrevivência de uma empresa devedora, mediante um procedimento judicial que será acompanhado pelo juiz, que decidirá ou não pelo processamento da recuperação e, na medida do andamento do procedimento, permite ao devedor renegociar a dívida com os credores, buscando — quando isso for possível —

condições para sua continuidade, o que beneficia a todos sem exceção.

A Lei nº 11.101/05, desse modo, coloca à disposição da sociedade um mecanismo jurídico, prestado pelo Estado — Poder Judiciário — de maneira mais desburocratizada, mais célere, que permite a composição, isto é, a equalização dos interesses da empresa, preservando a atividade e, por conseguinte os empregos, aumentando razoavelmente as possibilidades de recebimento pelos credores, sem que essa intervenção se mostre excessiva, como era na lei pretérita.

A *novel* legislação passa também a contemplar com o necessário cuidado as micro e pequenas empresas, com o cuidado que a Constituição Federal exige a fim de concretizar outro programa contido nessa nova ordem constitucional (art. 70 a 72 da Lei nº 11.101/05 e art. 170, IX da CRFB).

A lei sublinha a reestruturação das empresas viáveis que estejam passando por dificuldades temporárias a fim de evitar que a situação de crise redunde em quebra.

É preciso destacar que o instituto da recuperação judicial tem como característica principal o oferecimento aos credores de um plano de recuperação, que, na prática, envolverá negociações e concessões mútuas, além de medidas e compromissos por parte do devedor visando a persuadir os credores da viabilidade do plano.

Esse plano deverá ser aprovado pela maioria dos credores presentes na assembleia e essa decisão será soberana e vinculará todos os credores, tanto os que a ela anuíram quanto os que não anuíram e nesse aspecto o Poder Judiciário passa a ser mero expectador e fiscalizador do cumprimento dos preceitos de ordem pública, por isso também impõe-se a intervenção do Ministério Público (art. 127, *caput* da CRFB e art. 52, V da Lei nº 11.101/05).

Esse mecanismo, além de dar poder de decisão aos credores, que defendem seus legítimos interesses, tem a virtude adicional de entregar a eles, que têm melhores condições de fazer essa avaliação, a decisão sobre a viabilidade da empresa. Até porque os credores,

geralmente conhecem os mercados em que atuam melhor que o juiz e, por isso, têm capacidade mais apurada de avaliar se as dificuldades da empresa têm causa conjuntural, estrutural e, inclusive, se decorrem de má-fé.

Até mesmo essa submissão à decisão da minoria dos credores à decisão da maioria é medida de inquestionável gravidade jurídica, já que implica a hipótese, com amparo legal, de descumprimento ou inadimplemento contratual, sem que isso seja acordado entre as partes, limitando-se desse modo a autonomia da vontade, que é suplantada por uma vontade coletiva dos credores. Como se trata de alternativa para a empresa em crise, que se superada beneficia a todos, é uma justificável posição legislativa, já que a Falência, no final da contas, não beneficia ninguém.

Dessa forma, conclui-se que a recuperação judicial é um importante mecanismo, mas também o último deles, por ser medida extremamente drástica, para sobrevivência da empresa, que não busca prejudicar terceiros, mas que ao final beneficia a todos.

3- O ÂMBITO DE APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM RELAÇÃO À LEI Nº 11.101/05.

É a atividade empresarial uma atividade econômica em sentido estrito, porque tem como o objetivo o lucro e é exercida pela iniciativa privada. Nenhuma atividade econômica se mantém sem lucratividade, que é o pressuposto do sistema capitalista, calcado no princípio da livre iniciativa e livre concorrência (art. 170, *caput* e inciso IV da CRFB).

Quando ocorre uma ruptura nesse mecanismo de lucratividade, a empresa entra em crise, gerando um estado inicial de insolvência, que é muito mais de cunho econômico do que

propriamente jurídico. Aquilo que a empresa fatura não é suficiente para saldar seus compromissos (dívidas). A consequência desse quadro inicial é que lhe faltará crédito na praça, que é um elemento substancial para a atividade empresarial, para a sobrevivência de qualquer sistema econômico, seja do ponto de vista micro ou macroeconômico.

É justamente nesse contexto periclitante da vida de um devedor (sociedade empresária ou empresário individual), quando é quebrada sua confiança dentro do mercado, que surge o instituto objeto deste trabalho.

Contudo, deve-se observar, segundo os argumentos de Fábio Ulhoa Coelho⁵, que a recuperação da empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser alcançado a qualquer custo, sob pena de se transferir o risco da atividade empresarial do empresário para o mercado credor. Nem é essa a *ratio legis* da Lei nº 11.101/05, que na verdade busca equalizar os interesses em jogo, com o fim de implementar os princípios constitucionais gerais da atividade econômica que traz em seu bojo todo um conteúdo programático contido na Constituição Federal.

Acontece de a própria empresa se recuperar de uma crise através de soluções impostas pelo próprio mercado por meio de acordos extrajudiciais com credores, celebração de parcerias, investimentos. Enfim, há uma gama infindável de hipóteses, mas quando isso não acontece, o Estado auxilia para criar essa possibilidade. É verdade que, a grosso modo, se não há solução no mercado, aparentemente não se justificaria a intervenção do Estado — Poder Judiciário — na tentativa de recuperar uma empresa. Poderia até mesmo parecer que o instituto da recuperação judicial seria um despropósito legislativo no sistema econômico capitalista, porque, se ninguém quer a empresa, a Falência seria a própria solução inexorável.

Mas isso não é verdade, porque a Lei nº 11.101/05 busca justamente o contrário, ou seja, tem como objetivo a manutenção da empresa para realizar concretamente os princípios

⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 194.

constitucionais gerais da atividade econômica e, finalmente, fazer o próprio sistema capitalista existir harmonicamente, assim como perpetuar a busca pelo bem-estar da sociedade brasileira.

Assim, em certos casos, o Estado deve intervir, através do Poder Judiciário, para zelar pelos vários interesses que giram em torno da atividade empresarial (empregados, consumidores, fornecedores, credores, fisco). Nesse diapasão, o instituto da recuperação judicial tem sentido para corrigir disfunção do sistema econômico e não para substituir a iniciativa privada.

Pode-se, então, concluir que o grande mérito da recuperação judicial é a prioridade dada à manutenção da empresa e dos seus recursos produtivos, concretizando os princípios tantas vezes mencionados e, por conseguinte, buscando a realização dos fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil expressos nos art. 1º e 3º da CRFB.

A Lei nº 11.101/05 menciona seus objetivos precípuos que coadunam com o que foi considerado acima, como se verifica do teor do art. 47 da Lei, quando cita:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação de 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.

O texto legal apenas reafirma o conteúdo programático constitucional, implementando-o.

A previsão legislativa dá, então, ao devedor o direito de elaborar um plano de recuperação com os meios para realizá-la. O art. 50 da Lei nº 11.101/05 enuncia em rol exemplificativo 16 (dezesesseis) meios financeiros, administrativos e jurídicos para solucionar a crise, que vão desde redução salarial dos empregados, passando por administração compartilhada, pelo usufruto da empresa, trespasse ou arrendamento de estabelecimento, constituição de sociedade de credores, até cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade

Como as dificuldades que atingem as empresas são diferentes, não era possível para o legislador exaurir todas as hipóteses, de modo que o devedor, ao elaborar seu plano de recuperação, não está adstrito ao rol legalmente proposto, nem obrigado a utilizar-se de apenas uma delas. O devedor poderá formular seu plano com mais de um meio, de forma conjugada ou não, mas sem dúvida seu plano deverá ser elaborado em sua completude, para a solução do passivo e também ser interessante e atrativo suficiente para que os credores exercitem o direito que a lei lhes confere de aprová-lo ou não.

Embora a recuperação judicial seja um meio de implementação dos princípios constitucionais gerais da atividade econômica, ela possui seus próprios princípios norteadores, que são enumerados pela doutrina, não de forma unânime, pelos seguintes: princípio da preservação da empresa, princípio da separação do conceito de empresa e empresário, princípio da recuperação das sociedades recuperáveis, princípio da retirada do mercado de sociedades empresárias e empresários individuais não recuperáveis, princípio da proteção dos trabalhadores, princípio da redução do crédito no Brasil, princípio de celeridade e eficiência dos procedimentos judiciais, princípio da segurança jurídica, princípio da participação ativa dos credores, princípio da maximização do valor dos ativos do falido, princípio da desburocratização da recuperação de micro e empresas de pequeno porte e princípio do rigor à punição dos crimes falimentares relacionados à falência e a recuperação judicial, que fizeram parte do preâmbulo da lei elaborado pelo seu relator.

Como todo e qualquer princípio, nem sempre é possível aplicar todos ao mesmo tempo. Poderá haver conflitos que devem ser solucionados por meio do critério usado para solução de conflito entre os princípios constitucionais, que consiste na ponderação, já que o princípio carrega em si uma carga extremada de valoração, de modo a observar, diante do caso concreto que se apresente, qual deles terá preponderância em relação ao outro. Ou até mesmo se será necessário a preservação de ambos, desde que assegurado o núcleo essencial

de cada um deles, conforme a doutrina dos limites imanentes, como delimita Luís Roberto Barroso⁶.

Feitas essas considerações, é preciso conhecer um pouco do procedimento da recuperação judicial, para melhor compreendê-lo.

O procedimento da recuperação judicial é composto de três etapas principais: a postulatória, que se inicia com a apresentação da petição inicial com a proposta de plano de recuperação e termina com o deferimento do processamento pelo juízo; a deliberativa, na qual se verifica, se discute e aprova, culminando com a decisão judicial concessiva do benefício; e a última, a execução, que a partir da concessão do benefício se estende com a fiscalização dos compromissos assumidos e termina com a sentença de encerramento.

Note-se que o requerimento do plano de recuperação deve ser claro, descrever a real situação do devedor e ser viável o seu cumprimento, sob pena de indeferimento que acarretará inexoravelmente a decretação de sua falência (art. 73 da Lei nº 11.101/05). Assim, o deferimento do processamento não implica sucesso na decisão concessiva do benefício, pois este pressupõe a viabilidade da atividade econômica e do plano proposto para sua realização.

A partir do deferimento do processamento da recuperação judicial, o devedor perde parte de sua autonomia, já que não poderá mais desistir do pedido, exceto se a assembleia geral de credores concordar, passando, de certo modo, a ser sujeito de uma “intervenção estatal” (art. 52, §4º da Lei nº 11.101/05).

Os credores terão o direito de formular objeções ao plano de recuperação apresentado e, se for o caso, o juízo convocará a assembleia geral de credores — colegiado representativo dos credores — que poderá aprovar, rejeitar ou modificar o pedido de recuperação. Se a assembleia rejeitar a proposta, o juiz decretará a falência (art. 73, III da Lei nº 11.101/05). Qualquer modificação no plano de recuperação depende da expressa

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 333.

concordância do devedor e não pode restringir direito de credores ausentes a assembleia.

Assim, a aprovação do plano de recuperação passa por um crivo de sua viabilidade empresarial e um filtro de legalidade formal e material, este de responsabilidade do Poder Judiciário e do Ministério Público, realizando mais uma vez a ideia de Estado-Regulador do modelo neoliberal, sendo sua intervenção a mínima possível e de cunho fiscalizatório.

Para a fiscalização, além do juiz, a assembleia geral de credores indicará os membros do comitê de credores, se for criado este órgão, e o devedor deverá juntar aos autos certidões negativas de débitos tributários, sob pena de ter sua falência decretada (art. 57, Lei nº 11.101/05). Sobre esse dispositivo, o Superior Tribunal de Justiça⁷ se pronunciou em decisão, cuja ementa segue abaixo transcrita, no sentido de que a ausência do regramento especial para obtenção de parcelamento pelas empresas em recuperação judicial não pode inviabilizar a concessão da recuperação judicial, que dependem da obtenção de certidão negativa de débito(certidão positiva com efeito de negativa), decidiu que:

[...]

9. A tendência da atual doutrina e legislação brasileiras sobre o regime falimentar das empresas, especialmente o art. 6º, § 7º da Lei 11.101/05, a Lei Complementar 118/05 e a Medida Provisória 449 de 04.12.08, orienta-se no sentido de viabilizar que as empresas, ainda que estejam em situação falimentar, devem ter garantido seu direito ao acesso aos planos de parcelamento fiscal, no sentido de manterem seu ciclo produtivo, os empregos gerados, a satisfação de interesses econômicos e consumo da comunidade.

[...]

Essa decisão, como se verifica, representa a intervenção do Poder Judiciário no sentido de viabilizar o acesso da recuperanda ao instituto da recuperação judicial, mesmo diante da omissão legislativa, reafirmando os princípios constitucionais da ordem econômica, que se revestem de caráter de verdadeiras políticas públicas.

Outrossim, com o advento da Lei nº 11.101/05 a recuperação judicial, diferentemente da concordata preventiva, deixou de ser um favor legal e passou a ser uma concessão as

⁷ Resp. 844279/SC, Relator Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, j. 05.02.2009.

empresas viáveis, cuja aferição dessa condição passa, de certo modo, das mãos do Estado, para os credores e principais interessados na recuperação de seus créditos. Assim, a lei criou uma solução mercadológica para um sistema capitalista que é efetivamente mercadológico, primado pelos princípios constitucionais gerais da atividade econômica, que defende, em última análise, que os aptos devem “sobreviver” e os não aptos devem falir, sob pena de fragilizar a economia de mercado, a livre iniciativa e a livre concorrência.

Contudo, esse estado de recuperação não é eterno, dura até que o devedor cumpra todas as obrigações previstas no plano que se venceram até 2 (dois) anos depois da concessão do benefício (art. 61, *caput*, da Lei nº 11.101/05). Nesse período, qualquer descumprimento acarretará a falência (art. 73, IV da Lei nº 11.101/05). Se isso ocorrer, os créditos dos credores se restabelecem em seus direitos e garantias originais, ressalvado o que foi pago parcialmente ou integralmente quitado.

Cumpridas as obrigações, o juiz decretará, por sentença, o encerramento da recuperação e determinará as providências e pagamentos finais (art. 63 da Lei nº 11.101/05).

Diante das considerações formuladas, verifica-se que a recuperação judicial é complexa, não se trata de moratória ou parcelamento de débitos, mas sim de um conjunto de atos com finalidade econômica, administrativa e jurídica, não se restringe à satisfação dos credores, nem mero saneamento da crise, de modo que seu principal objetivo é dar concretude aos princípios constitucionais gerais da atividade econômica, e assim preserva-se a fonte produtora e geradora de riquezas, resguarda-se o emprego e realiza-se a função social da empresa, livre iniciativa e propriedade privada.

É importante salientar, que durante todo o processo de recuperação judicial, a empresa, se assim estiver previsto em seu plano de recuperação, continuará funcionando, mas terá o ônus de cumprir as obrigações pactuadas no plano de recuperação aprovado.

Tudo o que foi dito anteriormente dependerá necessariamente da viabilidade

econômico-financeira, que fará com que a assembleia geral de credores aprove o plano, porque se o devedor demorar a agir e deixar a situação ficar tão grave, que comprometa a viabilidade do plano, pode ser que ela não seja mais diagnosticável e, por isso, não encontrará a tutela do Estado-Regulador, que fica limitado em seu âmbito de atuação, porque depende do pressuposto inafastável da aprovação do plano de recuperação pela assembleia geral de credores.

A recuperação judicial é sem dúvida um instituto que tem por objetivo incentivar a reorganização das atividades empresariais para mantê-las. Deixa a lei, que regula o instituto, clara a preocupação com os preceitos constitucionais, assim como concretiza a norma, que deixa seu plano abstrato de meras previsões constitucionais programáticas, transmudando-se em verdadeira política pública de fomento à atividade econômica.

CONCLUSÃO

O instituto da recuperação judicial trazido pela Lei nº 11.101/05 é, sem sombra de dúvidas, um marco no direito brasileiro. Visa, entre outros objetivos, implementar, concretizar os princípios constitucionais gerais da atividade econômica e, assim, reorganizar a empresa e permitir que ela atravesse a crise e, ao mesmo tempo, possibilita seu futuro crescimento e desenvolvimento.

A empresa, a partir da concessão do benefício da recuperação judicial, independentemente dos meios de recuperação eleitos para esse intento (art. 50 da Lei nº 11.101/05), permanecerá realizando seu objetivo social, mantendo empregos, circulando renda, mercadorias, pagando tributos. Sua manutenção é integral durante o período de

cumprimento das obrigações estabelecidas no plano de recuperação, desde que continuem sendo executadas pontualmente.

Essas disposições legais reconhecem a importância da atividade empresarial e concretizam a função social da empresa, fomentam a atividade econômica e a livre iniciativa, com isso aumenta-se a concorrência. Isso beneficia o consumidor, que obtém ofertas mais vantajosas no mercado para produtos e serviços, e ganha com isso toda a sociedade.

Não pode ser ignorada a vantagem trazida pela necessidade de deliberação e aprovação do plano de recuperação pela assembleia geral de credores, porque além de ser um instrumento democrático de deliberação, torna a concessão do benefício legítima para o devedor, além de coibir práticas abusivas tanto por parte do devedor, como dos interessados, o que poderia acarretar prejuízo àqueles que mais precisam de tutela, que é a massa trabalhadora que constitui a força motriz da atividade econômica.

Vê-se, portanto, que a referida Lei não representa somente os princípios constitucionais gerais da atividade econômica, ao contrário, tangencia outros tantos dispositivos constitucionais, tais como: dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB), valores sociais do trabalho e livre iniciativa (art. 1º, IV da CRFB), sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I da CRFB), desenvolvimento nacional (art. 3º, II da CRFB), erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III da CRFB), livre exercício de qualquer trabalho (art. 5º, XIII da CRFB).

Essa Lei constitui um marco na execução coletiva, pois vem sanar as necessidades das empresas em dificuldades, mas de forma muito mais transparente e dá ao tema um tratamento condizente aos maiores interessados, que são os credores, mas sem desprezar o interesse da coletividade, observando-se a viabilidade sob o seu aspecto social, financeiro e econômico.

Resta evidenciada concretude dos princípios constitucionais gerais da atividade

econômica objeto deste breve estudo, na Lei nº 11.101/05, já que dela se extrai:

Princípio da busca pelo pleno emprego: tanto no aspecto de manter os que existem, como se gerar novos no futuro.

Princípio da livre iniciativa: pilar do sistema capitalista, que precisa ser incentivado e resguardado, mas concatenado com a valorização do trabalho humano, dignidade da pessoa humana e justiça social, preservando-se também a livre concorrência.

Princípio da função social da propriedade e da propriedade privada: sob seu caráter econômico dos meios de produção e em sua função positiva, pois preservar o patrimônio alheio que cumpre sua função na sociedade é também um meio de incentivar a livre iniciativa.

Princípio da soberania nacional: na leitura como soberania econômica nacional, buscando a autossustentabilidade do mercado interno e projeção no mercado internacional, com o objetivo de liberar a República Federativa do Brasil do estigma de país em desenvolvimento.

Esse instituto, portanto, permite a empresa prevenir e estancar o processo de desencadeamento de uma crise econômico-financeira, defendendo a planificação da solução por meio da intervenção judicial — Estado-Regulador, decorrente do modelo neoliberal, com liame de bem-estar — para evitar uma futura liquidação de bens, com a qual todos saem perdendo, sociedade empresária ou empresário individual, trabalhadores, Estado e, sobretudo, a sociedade brasileira.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Eugênio Rosa de. *Resumo de Direito Econômico*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo:

Saraiva, 2010

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e Recuperação de Empresa: O Novo Regime da Insolvência Empresarial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE REGISTRO DO COMÉRCIO, www.dnrc.gov.br

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, www.ibge.gov.br, Demografia Empresarial 2000/2006

JORNAL DO COMMERCIO, www.jornaldocomercio.com.br

JUCERJA – Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro, www.jucerja.rj.gov.br

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELLO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das Coisas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, COMÉRCIO E INDÚSTRIA, www.mdci.gov.br

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

REVISTA ECTRÓNICA DE DERECHO COMERCIAL, www.derecho-comercial.com

SEBRAE – Serviço Brasileiro de apoio às Micro e Pequenas Empresas, www.sebrae.com.br

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, www.tjrj.jus.br