

RSDE

REVISTA SEMESTRAL DE DIREITO EMPRESARIAL

■
Publicação do Departamento
de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

■
Nº 1

JULHO / DEZEMBRO 2007



RENOVAR

CAMPINHO
ADVOCADOS

BC
CS
BOCATER, CAMARGO, COSTA E SILVA
Advogados Associados

REVISTA SEMESTRAL DE DIREITO EMPRESARIAL

Nº 1 Julho/Dezembro de 2007

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA:

Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof^a. Glória Márcia Percinoto, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenquener de Araújo).

CONSELHO EDITORIAL:

José Gabriel Assis de Almeida e José Carlos Vaz e Dias (UERJ, coordenadores)

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnoldo Wald (UERJ), Carmen Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Theóphilo de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO:

Mauricio Moreira Mendonça de Menezes (coordenador)

Julio Barreto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Valter Shuenquener de Araújo e Viviane Perez.

PATROCINADORES:

**CAMPINHO**
ADVOGADOS


BOCATER, CAMARGO, COSTA E SILVA
Advogados Associados

Editorial

É com imensa satisfação que apresento o primeiro número da Revista Semestral de Direito Empresarial da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (RSDE – UERJ), que se encontra receptiva ao oferecimento das diversas linhas de opinião no Direito Empresarial, seguindo a vocação plural que permeou a consolidação da Faculdade de Direito da UERJ.

A disposição de temas e a estruturação da RSDE – UERJ visam a estar conformadas com a hodierna ótica do Direito de Empresa, em suas múltiplas faces e interfaces, ressaltando a riqueza desse campo de reflexão jurídica, constantemente desafiado por questões fundamentalmente pragmáticas e propulsoras de forte impacto na economia interna e global. Desse modo, busca-se a contribuição de autores nacionais e estrangeiros, sempre voltada para uma visão jurídico-econômica.

Nessa perspectiva é que as seções da RSDE – UERJ encontram-se divididas em (i) direito societário; (ii) recuperação de empresas e falência; (iii) negócios empresariais; (iv) propriedade intelectual; (v) relações internacionais privadas; (vi) direito econômico; e (vii) pareceres e atualidades jurisprudenciais.

É, pois, com inefável entusiasmo que o Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da UERJ encara esse desafio de editar uma Revista de Direito Empresarial, com o compromisso de qualidade e regularidade que trabalhos dessa monta exigem, sempre contando com o apoio daqueles que têm se dedicado, de forma descompromissada e apaixonada, ao aperfeiçoamento das letras jurídicas em nosso país.

Com a iniciativa, nós, do Departamento, esperamos estar quitando uma dívida com a academia e o universo empresarial do Estado do Rio de Janeiro.

Prof. Sérgio Campinho
Chefe do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho

Colaboraram neste número

Arnoldo Wald

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Advogado.

Carmen Tiburcio

Professora Adjunta de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Internacional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Mestre e Doutora em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de Virginia, EUA. Consultora da área internacional do escritório Luís Roberto Barroso & Associados.

Carlos Martins Neto

Discente da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ.

Francisco da Costa e Silva

Professor do Programa de Pós-Graduação *lato sensu* da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Ex-Presidente da Comissão de Valores Mobiliários — CVM. Ex-Diretor do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social — BNDES. Membro Câmara de Arbitragem do Novo Mercado da Bolsa de Valores de São Paulo e do Comitê de Ética da Associação dos Analistas e Profissionais de Investimento do Mercado de Capitais — APIMEC. Advogado.

Jean E. Kalicki

Professora Adjunta da Georgetown University Law Center. J. D. pela Harvard Law School (1989) e B.A. pela Harvard College (1986). Advogada do escritório Arnold & Porter LLP em Washington D.C., especializada em arbitragem internacional. Presidente da D.C. Bar's International Dispute Resolution Committee.

José Carlos Vaz e Dias

Professor Adjunto em Direito da Propriedade Intelectual pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Sócio do escritório Di Blasi, Parente, Vaz e Dias & Associados.

José Gabriel Assis de Almeida

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ e da Escola de Ciências Jurídicas da UNIRIO — Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Direito pela Université Panthéon Assas — Paris II.

Maurício Jorge Pereira da Mota

Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Professor do Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da UERJ. Doutor em Direito Civil pela UERJ e Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

Maurício Moreira Mendonça de Menezes

Professor de Direito Comercial da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Advogado.

Paulo Borba Casella

Professor Titular de Direito Internacional Público na Universidade de São Paulo. Sócio de Casella Advogados.

Peter-Christian Müller-Graff

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg e Diretor do Instituto de Direito Societário e Econômico Alemão e Europeu da Universidade de Heidelberg.

Sérgio Campinho

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ e da Faculdade de Direito — Centro da Universidade Candido Mendes — UCAM. Advogado.

Sumário

DIREITO SOCIETÁRIO

A UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES COMO FORMA DE BURLAR A EXIGÊNCIA LEGAL DE OPA PARA FECHAMENTO DE CAPITAL

- Francisco da Costa e Silva e Carlos Martins Neto 3

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

FUNÇÃO SÓCIO-ECONÔMICA DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

- Mauricio Moreira Mendonça de Menezes 49

NEGÓCIOS EMPRESARIAIS

A TEORIA DA APARÊNCIA JURÍDICA

- Mauricio Jorge Pereira da Mota..... 89

PROPRIEDADE INTELECTUAL

CONTROVÉRSIAS E DIRECIONAMENTOS JURÍDICOS SOBRE A AQUISIÇÃO DE SOFTWARE ESTRANGEIRO: A LEI DE SOFTWARE E OS REGULAMENTOS CAMBIAIS EM PERSPECTIVA

- José Carlos Vaz e Dias 123

O BRASIL E O PROTOCOLO DE MADRI SOBRE REGISTRO INTERNACIONAL DE MARCAS

- Paulo Borba Casella..... 159

RELAÇÕES INTERNACIONAIS PRIVADAS

O IMPACTO DA CONVENÇÃO DE MONTREAL DE 1999 SOBRE AS NORMAS APLICÁVEIS AO TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL NO BRASIL

- José Gabriel Assis de Almeida 203

SECURITY FOR COSTS IN INTERNATIONAL ARBITRATION

- Jean E. Kalicki..... 219

DIREITO ECONÔMICO

A ANÁLISE ECONÔMICA NA RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

- Arnoldo Wald..... 225

| | |
|--|-----|
| EUROPEAN REGULATORY MEASURES AND ECONOMIC GROWTH | |
| - Peter-Christian Müller-Graff | 233 |

PARECERES E ATUALIDADES JURISPRUDENCIAIS

| | |
|--|-----|
| PARECER — DA AÇÃO AO PORTADOR: NOÇÃO, TRANSFERÊNCIA E TITULARIDADE. DA OBRIGAÇÃO DE CONVERSÃO EM AÇÕES NOMINATIVAS | |
| - Sérgio Campinho | 255 |

| | |
|---|-----|
| PARECER — PATENTE DE REVALIDAÇÃO (PIPELINE). EXTENSÃO DO PRAZO DE PROTEÇÃO DA PATENTE ORIGINÁRIA NO EXTERIOR. EFEITOS SOBRE A PATENTE PIPELINE NACIONAL | |
| - Carmen Tiburcio | 267 |

| | |
|--|-----|
| JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA | |
| COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CASO TRAFÓ | 309 |

DIREITO SOCIETÁRIO

FUNÇÃO SÓCIO-ECONÔMICA DA EMPRESA EM
RECUPERAÇÃO JUDICIAL

SOCIOECONOMIC FUNCTION OF THE BUSINESS ENTERPRISE
IN THE CONTEXT OF JUDICIAL REORGANIZATION

Mauricio Moreira Mendonça de Menezes

Sumário: 1. Introdução. 2. Contornos da empresa em crise. 3. Função social ou função sócio-econômica? 4. Função sócio-econômica da empresa em recuperação judicial. 5. Conclusões.

Resumo: O propósito deste artigo consiste na interpretação do conteúdo do art. 47, da Lei nº 11.101/2005, particularmente no que diz respeito à “função social” da empresa no contexto do processo de recuperação judicial. Para esse efeito, parte-se da premissa de que a função primária da empresa é de ordem econômica, que lhe permita ser competitiva e fazer frente não apenas a seu escopo fundamental (i.e., geração de lucro a seu titular) como também aos diferentes interesses econômicos que a envolvem (salários, tributos, contribuições previdenciárias, credores financeiros etc). O autor procura demonstrar que, a partir da concessão da recuperação judicial, a empresa assume novas funções à vista de sua reestruturação interna e da ampla revisão das relações jurídicas estabelecidas entre o empresário e *stakeholders*, devendo tais funções atender às exigências de sustentabilidade sócio-econômica da empresa e de equilíbrio entre as diversas posições jurídicas de *stakeholders*.

Palavras-chave: Empresa; função sócio-econômica da empresa; recuperação judicial da empresa.

Abstract: The purpose of this article is to interpret the content of Art. 47 of Law 11,101/2005, particularly regarding the “social function” of the business enterprise in the context of judicial reorganization. It starts from the premise that the primary function of the firm is of an economic order, allowing it to be competitive and achieve its overarching aim (i.e., generation of profit for the owners) as well as to serve the other economic interests involved (to pay salaries, taxes, social security contributions, lenders, etc.). The author seeks to demonstrate that as of the moment that judicial reorganization is granted, the business enterprise assumes new functions in view of its internal restructuring and the ample revision of the relationships established between the owners and various stakeholders, and that these functions must meet the requirements of socioeconomic sustainability of the enterprise and strike a proper balance among the various positions of stakeholders.

Key words: Business enterprise, socioeconomic function of the enterprise, judicial reorganization.

1. Introdução

Dispõe textualmente o art. 47, da Lei nº 11.101/2005, que “a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

Em primeira leitura, o sistema normativo da Lei nº 11.101/2005 indica como finalidade mediata da recuperação judicial a preservação da empresa, a promoção de sua função social e o estímulo da atividade econômica, tanto por meio da manutenção dos fatores de produção, quanto por meio da tutela de interesse de credores.

Logo, a finalidade imediata da Lei nº 11.101/2005 seria franquear ao empresário mecanismo apto a permitir a superação da

crise econômico-financeira de sua empresa, pressuposto para que se alcancem os demais objetivos da recuperação judicial, acima ressaltados.

Evidentemente, o conteúdo do referido art. 47 não encerra comando meramente programático, assim como não o faz o art. 170, III, da Constituição Federal, ao eleger a função social da propriedade dos bens de produção como princípio da ordem econômica brasileira¹. Muito ao contrário, o dispositivo sob enfoque deve ser recebido como paradigma interpretativo do sistema normativo que disciplina a solução judicial da crise da empresa, sistema esse que transcende a Lei nº 11.101/2005, cuja complementação é realizada principalmente por normas presentes no Código Civil brasileiro, na Lei nº 6.404/1976 e na Lei Complementar nº 123/2006, todas coerentemente alinhadas ao que dispõem os arts. 1º, IV, 170, e 179, da Constituição Federal.

Nesse raciocínio, o conteúdo do art. 47, da Lei nº 11.101/2005, merece ser detidamente enfrentado, a fim de que sejam extraídas diretrizes para sua adequada interpretação e aplicação à vida empresarial.

Com efeito, ponto de destaque consubstancia-se na nomeada “função social” da empresa, tal como enunciado pelo dispositivo legal em tela, sendo sua interpretação o propósito deste artigo.

Não se trata de examinar, em tese, o problema da função social da empresa, do mesmo modo que muitos já o fizeram, com êxito².

1 Há farta doutrina a propósito da força normativa dos princípios e da superação do entendimento pelo qual o conteúdo das normas constitucionais seria meramente programático, valendo citar, por todos, Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 327-378). Em geral, funcionam como referências doutrinárias os pensamentos de Ronald Dworkin (*Taking rights seriously*, 1977, publicado no Brasil em 2002, sob o título *Levando os Direitos a Sério*, pela Editora Martins Fontes) e Robert Alexy (*Theorie der Grundrechte*, 1986, vertido para o espanhol sob o título *Teoría de los derechos fundamentales*, por VALDÉS, Ernesto Garzón e publicado pelo Centro de Estudios Constitucionales, Madri, em 1993).

2 A esse respeito, vale conferir, além de outras autorizadas obras, os estudos de Fábio Konder

Considerando-se que a “funcionalização” dos institutos jurídicos encontra-se estreitamente vinculada a seu aspecto dinâmico, i.e., ao papel que se prestam a desempenhar em dadas circunstâncias, a identificação da função social impõe a leitura prática do conjunto de fatos sociais e econômicos que giram em torno do instituto, identificando a “ação e reação” do exercício de direitos e do cumprimento de deveres.

Assim, é oportuno analisar a função social da empresa em crise, que deve corresponder à situação (dinâmica) a que se refere o art. 47, Lei nº 11.101/2005. Nesse escopo, torna-se recomendável a compreensão do estado fático da crise empresarial, naquilo que seja relevante para a produção de efeitos jurídicos, nomeadamente dos efeitos que alcancem os interesses decorrentes da atividade empresarial.

2. Contornos da empresa em crise

A empresa em crise encontra-se em estado de anormalidade, quaisquer que sejam as respectivas causas e circunstâncias que envolvam a situação de fato.

Comparato (Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 63, p. 71-79, 1986; A Reforma da Empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 50, p. 57-74, 1983; Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 732, p. 38-46, out.1996); Alfredo Laímy Filho (A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 190, out./dez.1992, p. 54-60); Fernando Netto Boiteux (A função social empresa e o novo Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v.125, jan./mar. 2002, p. 48-57); Sergio Seleme (Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo. In: FACHIN, Luiz Edson (org.). *Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998); Eduardo Teixeira Farah (Disciplina da empresa e princípio da solidariedade social. In: COSTA, Judith Martins (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 662-714); Viviane Perez (*Função social da empresa: uma proposta de sistematização do conceito*. 2006. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) — Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006); e, ainda, o artigo clássico de Rubens Requião (A co-gestão: a função social da empresa e o estado de direito. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 262, abr./jun. 1978, p. 31-39).

Na doutrina, há quem proponha a categorização da crise empresarial em crise financeira (escassez de caixa), econômica (retração dos negócios empresariais) ou patrimonial (passivo maior que ativo)³. Não obstante a clareza didática da classificação, o certo é que a complexidade das relações empresariais pode conhecer um sem número de diagnósticos de crise, não sendo raras as hipóteses em que diversas causas reunidas — como administração ineficiente, tecnologia ultrapassada, mão-de-obra pouco qualificada, elevada despesa financeira e tímidas práticas comerciais, incluindo política de marketing — podem vir a gerar problemas no fluxo de caixa, diminuição da produção, redução de clientela e aumento substancial do passivo do empresário.

Atentando-se para as particularidades do contexto de crise, a dinâmica da atividade empresarial pode vir a sofrer significativas mutações, como as adiante exemplificadas: (i) credores não negociais (e, logo, sem poder de barganha, como credores fiscais, parafiscais e trabalhistas) deixam de ser atendidos no vencimento; (ii) despesas operacionais não prioritárias (incluindo-se aquelas decorrentes de fornecimentos não essenciais, como os de prestadores de serviços) deixam de ser pagas; (iii) despesas financeiras passam a ser roladas, normalmente com maior custo para o empresário ou com o comprometimento mais grave de seu patrimônio, por meio da constituição de novas garantias reais⁴; (iv) dificuldades de acesso ao crédito predominam na vida financeira do empresário, por conta de seu histórico recente de inadimplementos, externados por sua inclusão em cadastros de restrição ao crédito ou por registros de protesto de títulos, disso resultando o encarecimento de potenciais financiamentos (agora limitados àqueles de curto prazo, como abertura de crédito rotativo e desconto de títulos).

3 Classificação defendida por Fábio Ulhoa Coelho (*Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 24).

4 Em caso de falência do empresário, tal reforço de garantia pode vir a ser considerado ineficaz perante a massa falida, se realizado dentro do termo legal da falência, conforme dispõe o art. 129, III, da Lei nº 11.101/2005.

Situações como essa levam, no curto prazo, ao decréscimo de caixa e, no médio e longo prazos, à paralisação de investimentos de toda ordem na organização empresarial, tendo como pontos de chegada a ineficiência econômica e a ausência de condições de concorrer em uma economia de mercado.

Diante desse cenário, o empresário muitas vezes ingressa em estado inercial, seja por sua idiosincrasia, seja pelo receio de tornar públicas suas fragilidades (e com isso supostamente piorar sua situação), nele permanecendo por algum tempo, até que o aprofundamento inevitável da crise o recomende buscar socorro externo em consultorias especializadas em reorganização de empresas ou, ainda, em casos mais graves, ingressar com medidas que podem imputar a terceiros a revisão forçada de sua relação jurídica com o devedor ou que visem determinar o encerramento da atividade empresarial.

Algumas das medidas acima mencionadas podem ser cogitadas: (i) a primeira, de caráter extremo, corresponde à liquidação dos bens de produção, extrajudicialmente (no caso das sociedades empresárias, arts. 1.102 a 1.110, do Código Civil, ou, ainda, arts. 208 e ss., da Lei nº 6.404/1976) ou por meio do processo falimentar (arts. 75 a 160, da Lei nº 11.101/2005), a fim de que tais bens possam ser reaproveitados por outra organização empresarial, capaz de otimizar sua destinação⁵; (ii) a segunda consiste em empreender a reorganização geral dos fatores de produção, por meio da recuperação judicial (arts. 47 a 74 da Lei nº 11.101/2005), sabendo-se de antemão que determinados sacrifícios serão impostos a credores e demais *stakeholders*⁶,

5 A otimização dos bens de produção é, aliás, um dos objetivos do processo falimentar, como dispõe expressamente o art. 75, da Lei nº 11.101/2005.

6 A expressão *stakeholders* é empregada no sentido de identificar a comunhão de interessados diretos e indiretos na atividade empresarial, como sócios não controladores, fornecedores, colaboradores, consumidores etc, como definido por Max B. E. Clarkson, professor da Universidade de Toronto: "The use of the term "stakeholder" has become widespread relatively recently in the literature of management and corporate governance. In 1984 Freemans Strategic Management: Approach was published () A "stake" can be defined as something of value, some

cujas extensões determinarão os custos e benefícios de se adotar a recuperação judicial como solução para a empresa em crise, por meio da aprovação do plano de recuperação pela comunhão de credores, seguida da homologação judicial e concessão efetiva da recuperação; (iii) a terceira seria prosseguir na recuperação extrajudicial (arts. 161 a 166 da Lei nº 11.101/2005), instituto que merece ser mais bem compreendido e divulgado no meio empresarial, conforme demonstram as estatísticas divulgadas por órgão especializado⁷. Todas essas medidas não excluem outras modalidades de acordo privado entre o devedor e seus credores, nos termos expressamente facultados pelo art. 167, da Lei nº 11.101/2005.

form of capital, human, physical, or financial, that is at risk, either voluntarily or involuntarily. Stakeholders in a corporation are those persons or interests that have a stake, something to gain or lose as a result of its activities. Voluntary stakeholders are those who have chosen to take a stake and bear some form of risk in anticipation of some form of gain or increase in value, whether as a shareholder or investor, an employee, customer or supplier. Involuntary stakeholders are those that are, or may be, exposed unknowingly to risk and thus be harmed, or benefited, as a consequence of the corporation's activities. Their stakes are not assumed willingly, but are consequential on the activities of others. Involuntary stakeholders, including governments, communities and the environment, are particularly subject to the risks and consequences of the failure of corporations to internalize all their costs. The heavy burden of costs that have been externalized becomes clearly evident when pollution, destruction or death are consequences of a corporation's operations and activities." (*The Corporation and its Stakeholders: classic and contemporary readings*. Toronto: University of Toronto Press, 1998, p. 2).

7 Segundo divulgado pela Serasa, em boletim datado de 05.09.2007: "(...) os requerimentos de recuperação judicial aumentaram 9,4% nos oito primeiros meses deste ano, sendo que de janeiro a agosto de 2007 foram requeridas 187 recuperações judiciais e no mesmo período de 2006, houve 171 pedidos. As recuperações judiciais deferidas totalizaram 138 eventos, em 2007, ante 98, em 2006, com uma alta de 40,8%. Foram concedidas 10 recuperações judiciais de janeiro a agosto deste ano, enquanto no mesmo período de 2006, as concessões somaram 5 eventos, o que significou um aumento de 100%, em todo o território nacional. Quanto às recuperações extrajudiciais, houve 6 pedidos nos oito primeiros meses de 2007 e 1, no mesmo período de 2006. Houve 1 homologação este ano, e nenhuma de janeiro a agosto do ano passado." (fonte: http://www.serasa.com.br/empresa/noticias/2007/noticia_0490.htm, acessado em 10.09.2007). A propósito da recuperação extrajudicial, houve apenas 1 homologação no ano de 2006, a pedido de Prolan Soluções Integradas S.A., processada perante o Juízo da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Fórum Central de São Paulo e homologada em 20 de setembro de 2006. Esses dados são suficientes para constatar a pouca disseminação da recuperação extrajudicial de empresas, inclusive comparativamente à recuperação judicial.

Melhor seria a regulação pela lei brasileira de meios preventivos ao estado de crise da empresa. Aliás, essa parece ser uma evolução dos sistemas que, anteriormente ao brasileiro, adotaram modelos jurídicos que objetivam o soerguimento da empresa em dificuldades. Cite-se a esse propósito a recente reforma do Direito Falimentar francês, pela Lei 2005-845, de 26 de julho de 2005, que modificou o Código de Comércio francês e entrou em vigor a partir de 1º de janeiro de 2006, conhecida naquele país como “loi de sauvegarde des entreprises en difficulté”. Por intermédio da referida lei, foi introduzido o conceito de “prévention des difficultés des entreprises”, que visa privilegiar a solução preventiva das dificuldades da empresa, tanto no âmbito amigável (“procedure de conciliation” e “mandat ad hoc”), quanto por meio de procedimento judicial específico (“procedure de sauvegarde”), tendo ambos a finalidade de evitar a “cessação de pagamentos”, situação que ainda hoje é adotada em França como caracterizadora do estado de crise do empresário⁸.

Segundo a dita reforma, vigem em França atualmente cinco diferentes remédios jurídicos para a situação de crise empresarial, sendo dois deles preventivos e extrajudiciais, embora passíveis de chancela judicial⁹ (“procedure de conciliation” e “mandat ad hoc”),

8 Há longa data a cessação de pagamentos é considerada como pressuposto para a decretação da falência do comerciante no sistema francês. Segundo a lição clássica de Ripert, “La cesación de pagos es una noción propia del derecho mercantil que no hay que confundir con la insolvencia. El insolvente, etimológicamente considerado, es el deudor que no paga (*in solvere*). Pero se sobre-entiende que no puede pagar porque su pasivo es superior a su activo. Por el contrario, el comerciante que cesa en sus pagos puede ser solvente y, en ciertos casos, la liquidación de sus bienes basta para reembolsar a todos sus acreedores. El derecho comercial considera que no basta poder pagar, sino que además hay que pagar *al vencimiento*. El comerciante que no lo hace, debe ser declarado en quiebra. De ahí que se diga indistintamente *suspensión de pagos y cesación de pagos*.” (*Tratado Elemental de Derecho Comercial*, Tomo IV. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1956. p. 236; trad. por Felipe de Solá Cañizares).

9 Observe-se que a chancela judicial não retira o caráter extrajudicial do instituto. Como exemplo, atente-se para a recuperação extrajudicial brasileira, disciplinada na Lei nº 11.101/2005, cujo plano é igualmente passível de homologação por autoridade judicial. O que importa, em procedimentos tais, é que a solução da crise é negociada e concluída entre devedor e seus credores e, só então, o resultado dessa negociação é submetido à chancela judicial.

outro predominantemente preventivo e judicial (“procedure de sauvegarde”) e os demais aplicáveis quando já identificada a “cessação de pagamentos” (“redressement judiciaire” e “liquidation judiciaire”). Por meio do “procedure de conciliation”, é possível a conclusão de uma composição de interesses entre o devedor e seus principais credores, estando as partes sujeitas ao dever de confidencialidade e à homologação judicial do acordo¹⁰. Sustentam Françoise Pérochon e Régine Bonhomme que, em geral, essa composição de interesses é interpretada como uma convenção livremente pactuada no âmbito da autonomia privada do devedor e de seus principais credores (“une convention de droit privé librement conclue entre le débiteur et ses principaux créanciers”)¹¹.

Por outro lado, o “mandat ad hoc” é referenciado no art. 611-3, do Código de Comércio francês (regulamentado pelos arts. 11 a 14 do Decreto 2005-1677, de 28 de dezembro de 2005). Seu mecanismo aproxima-se de uma mediação e consiste em facultar ao empresário solicitar ao Presidente do Tribunal de Comércio a nomeação de um mandatário *ad hoc*, determinando suas funções, que podem ser tão

10 Transcreva-se adiante a autorizada e atual lição do Professor da Universidade de Borgonha, André Jacquemont: “• Mieux vaut prévenir que guérir • : ce vieil adage concerne les entreprises comme les êtres humains. Éviter que débiteur se mette en difficulté, ou soit mis en difficulté, en anticipant les maux susceptibles de provoquer ces dernières est une des grandes lignes directrices des dernières réformes du droit des entreprises en difficulté. Cette prévention se moule essentiellement dans une série de mesures visant à favoriser la détection des difficultés, donc leus connaissance, préalable indispensable à tout traitement. Les difficultés étant là, le débiteur peut encore provoquer une négociation libre, mais judiciairement faiblement encadrée, avec ses créanciers en demandant l'ouverture d'une procédure de conciliation, qui est l'héritière direct, mais enrichie, du règlement amiable de lois de 1984 et 1994, et qui en conserve le trait essentiel: le plan de redressement est le fruit d'un accord entre le débiteur et ses créanciers, sans *imperium* judiciaire.” (*Droit des entreprises en difficulté*. Paris: LexisNexis, 4ª edição, 2006. p.15). A respeito da confidencialidade, dispõe o art. 611-15 do Código de Comércio francês que: “Article L611-15. Toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat ad hoc ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue à la confidentialité (inséré par Loi nº 2005-845 du 26 juillet 2005 art. 1, art. 10 Journal Officiel du 27 juillet 2005 en vigueur le 1er janvier 2006 sous réserve art. 190)”.

11 *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de Paiement*. Paris: L.G.D.J., 7ª edição, 2006. p. 63.

amplas quanto necessárias para a solução da crise. Sua maior vantagem consiste em sua discricão. Nesse sentido, suponha-se que o empresário esteja com uma dificuldade específica com determinado (e importante!) credor, embora esteja com todos os demais pagamentos em dia e venha mantendo a empresa relativamente em ordem. Em caso tal, pode o empresário ingressar com pedido de “mandat ad hoc” perante o Tribunal do Comércio¹², a fim de que o Presidente o convoque para uma audiência, oportunidade em que o empresário deverá indicar exatamente quais são suas necessidades circunstanciais. O mandatário é nomeado — desejavelmente, pessoa com respeitabilidade, estranha ao problema — que vai buscar a solução com aquele credor, atuando com isenção e independência¹³.

O “procedure de sauvegarde” vem sendo recebido pela doutrina especializada como verdadeiro “redressement judiciaire préventif”¹⁴, que compreende o chamado período de observação, de seis meses, prorrogáveis por mais seis meses, no curso do qual são suspensas (como regra geral) tanto a exigibilidade de créditos anteriores à abertura do processo judicial quanto as ações de cobrança em curso e movidas em face do devedor, que, assim, deverá apresentar um “plan de sauvegarde”, visando seu restabelecimento econômico¹⁵.

12 Em França, os Tribunais do Comércio são compostos por juízes leigos, eleitos para um mandato de quatro anos. Figuram como representantes das diversas classes de comerciantes (empresários) da localidade onde se situam.

13 O autor agradece a valiosa colaboração e as informações fornecidas pelo caríssimo amigo, professor Marcio Souza Guimarães, que se encontra atualmente em França, cursando o programa de doutorado da Universidade de Toulouse.

14 JACQUEMONT, André. *Droit des entreprises en difficulté*. p.12.

15 Vide a respeito as palavras de Françoise Pérochon e Régine Bonhomme, introdutórias ao tema, que vem detalhadamente exposto na obra citada: “Innovation éponyme de la loi du 26 juillet 2005, la sauvegarde est une procédure réservée au débiteur qui n’est pas en cessation des paiements mais appréhende de s’y trouver bientôt, en raison des difficultés très sérieuses qu’il rencontre. La loi de 2005 l’autorise alors, l’incite même à se placer sous la protection, sous la sauvegarde de la loi, afin de réorganiser son entreprise avec les meilleures chances de succès: aux termes de l’article L. 620-1 C. com., la procédure de sauvegarde est *destinée à faciliter la reorganisation de l’entreprise afin de permettre la poursuite de l’activité économique, le main-*

Voltando-se para a realidade brasileira e atentando-se ao mecanismo da recuperação judicial, a doutrina econômica defende em geral que as empresas, cujo valor presente de fluxo de caixa é positivo e apresentam perspectivas de pagamento de suas dívidas no futuro, têm, por conseguinte, condições concretas de recuperação. Por outro lado, a mesma doutrina defende que as empresas com fluxo de caixa negativo, mas cujo negócio demonstra viabilidade econômica, devem dispor de alternativas que permitam a continuidade do negócio, preservando o valor de ativos tangíveis e intangíveis sob gestão mais eficiente. Já as empresas inviáveis, com valor presente negativo, não teriam razão econômica para continuar funcionando, sendo seu encerramento a forma mais adequada para depurar o sistema econômico¹⁶.

Ao lado dessa perspectiva puramente econômica, convém apresentar argumentos que decorrem da interpretação jurídica sobre a idéia de viabilidade empresarial.

Nesse raciocínio, sendo a empresa a unidade-base da economia nacional e exercendo ela relevante função no âmbito social, a avaliação da viabilidade da empresa em crise não merece estar estritamente vinculada à sua capacidade de satisfazer direitos de credores sujeitos à moeda da recuperação — ou seja, aptidão de gerar riqueza suficiente no curto prazo para manter-se viva e quitar débitos em aberto — mas predominantemente associada à capacidade de desenvolvimento sustentável de sua atividade, o que parece ser, na atualidade, sua verdadeira função sócio-econômica, à luz do conteúdo

tien de l’emploi et l’apurement du passif, finalités qu’elle partage avec le redressement judiciaire. La procédure de sauvegarde s’ouvre par une période d’observation, au cours de laquelle doit être élaboré si possible le plan de sauvegarde, instrument favorisant le rétablissement économique du débiteur.” (*Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de Paiement*, p.183 e ss.).

16 Conforme bem exposto por Marcos de Barros Lisboa, Otávio Ribeiro Damaso, Bruno Carazza dos Santos e Ana Carla Abrão Costa (A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente (coord.). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005, p. 35).

normativo e axiológico do art. 1º, IV, e do art. 170, ambos da Constituição Federal.

3. Função social ou função sócio-econômica?

Em toda noção jurídica encontra-se uma estrutura e uma função, para empregar aqui as palavras de Pietro Perlingieri¹⁷. Em outra passagem, afirma o jurista italiano que¹⁸:

17 *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 116. Segundo a doutrina, a análise funcional do direito encontra seu ponto de partida na obra do jurista e político austríaco Karl Renner, intitulada originalmente *Die soziale Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts* e publicada em 1904, empregando o autor o pseudônimo de Josef Karner (SWEEZY, Paul M. Editor's Introduction. In: BÖHM-BAWERK, Eugen von; HILFERDING Rudolf. *Karl Marx and the Close of his System*. New York: Augustus M. Kelley, 1949, p. 15). Não obstante, Antônio Menezes Cordeiro faz incisiva crítica à função social e econômica de direitos ou de "posições jurídicas", sugerindo cautela em sua leitura. Nesse raciocínio, confira-se o seguinte trecho de sua tese de doutoramento: "A referência a uma função social e econômica ocorre no art. 334º, a propósito do abuso de direito (...) há que reconhecer facultar ela uma cobertura geral do espaço jurídico: quaisquer condutas poderiam ser atribuídas às conjunturas que as originam. Tal posição comportaria mesmo um reforço infra-jurídico significativo, dada a possibilidade, pelas teorias sociológica e econômica, de funcionalizar os comportamentos humanos diversos. As limitações, que tal leitura implica, à actividade privada, recomendam cautela (...) deve reconhecer-se que menção «função social» não viabiliza determinações em abstrato. Apenas situação a situação, caso a caso, se possibilitaria o pesquisar de limitações funcionais eventuais às diversas posições jurídicas (...) Nos primórdios do jussubjetivismo, quando os direitos eram encarados num prisma absolutizante, dominado por um pano de fundo ultra-liberal, compreende-se que tenha tido interesse prático real o acentuar da funcionalização, como forma de combater os abusos manifestos. Essa atitude era reforçada, ainda, pela incipiência da interpretação sistemática, submersa pelo exegetismo então imperante. Os progressos da Ciência do Direito tornam esses cuidados substituíveis, com vantagem, pelas dimensões funcionais, teleológicas e sinérgicas das operações de interpretação-aplicação. Não há, pois, que falar em «função social e econômica» dos direitos ou outras posições jurídicas, mas antes que apurar, face a cada situação, até onde vai o espaço de liberdade concedido pela ordem jurídica, utilizando, para tanto, todas as dimensões da interpretação." (*Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984. p. 1230). Em suma, o autor nega a natureza principiológica da função social, identificando-o como "factor de política legislativa", que devem ser levados em consideração pelo intérprete quando da ponderação de situações singulares, no exercício de direitos singulares e nas suas projeções sociais e econômicas.

18 *Perfis do Direito Civil*. p. 94-96.

É da máxima importância identificar a estrutura e a função do fato jurídico. Preliminarmente, pode-se dizer que estrutura e função respondem a duas indagações que se põem em torno do fato. O "como é?" evidencia a estrutura, o "para que serve" evidencia a função (...) A função, portanto, é a síntese causal do fato, a sua profunda e complexa razão justificadora: ela refere-se não somente à vontade dos sujeitos que o realizam, mas ao fato em si, enquanto social e juridicamente relevante. A razão justificadora é ao mesmo tempo normativa, econômica, social, política e por vezes também psicológica (assim é, por exemplo, em muitos atos familiares com conteúdo não patrimonial). É necessária uma avaliação circunstanciada e global do fato. Avaliação e qualificação são uma coisa só, porque o fato se qualifica com base na função prático-social que realiza.

Nesse sentido, sustenta-se que determinado direito ou interesse é tutelado pela ordem jurídica em consideração ao papel que desempenha em dada situação, i.e., se sua função vem realizada em conformidade com os valores legitimados por essa mesma ordem jurídica.

Logo, a função social da empresa não é do tipo limitativa dos poderes do empresário, mas sim "promocional" de interesses juridicamente relevantes, segundo a ordem de valores expressa na Constituição da República¹⁹. Consequentemente, ao invés de se falar em "limitação" do uso da propriedade empresária, fala-se em "funcionalização" dessa categoria de propriedade por meio do modo como é realizada sua "destinação" econômica e social.

Sendo a empresa uma organização complexa, consubstanciada na coordenação dos fatores humanos e materiais de produção, para o oferecimento de bens ou serviços ao mercado, com constantes implicações nas esferas patrimonial e existencial de terceiros, bem se vê que é concentradora de amplo rol de interesses, internos e externos à organização.

19 Vide, por todos, PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. p. 226.

Assim, pensar na função social da empresa exige especial ponderação, direcionada a saber quais responsabilidades podem ser imputadas à organização empresarial, no que diz respeito ao atendimento das legítimas aspirações e expectativas de seus colaboradores diretos e indiretos, fornecedores, credores, concorrentes, órgãos fazendários e, ainda, ao atendimento de determinados compromissos que se encontram incluídos em sua “agenda social”, abrangendo sob esse aspecto as demandas sócio-políticas que sua realidade local lhe apresenta (incluindo-se questões ambientais), sem se cogitar de assistencialismo e paternalismo.

Autorizada doutrina posicionou-se sobre o tema.

A primeira conclusão consiste no entendimento segundo o qual a função primária da empresa é de ordem econômica, no sentido de que, por meio de sua operação, sejam obtidas a maximização da produção e a minimização dos custos, assegurando-se, dessa forma, um “preço justo”, que lhe permita ser competitiva e fazer frente não apenas a seu escopo fundamental (i.e., geração de lucro a seu titular) como também aos diferentes interesses econômicos que a envolvem (salários, tributos, contribuições previdenciárias, credores financeiros etc).

Daí se falar atualmente não mais em “função social” da empresa, mas efetivamente em “função sócio-econômica”.

Seguindo-se tal raciocínio, Fabio Konder Comparato bem resumizou, em recente artigo de doutrina, o contorno da “funcionalização” da propriedade empresarial, distinguindo-a da propriedade concernente à realização de direitos fundamentais²⁰:

Se, nessas hipóteses, a Constituição brasileira é explícita ao ligar ao direito de propriedade um dever fundamental de atendimento às necessidades sociais, tal não significa que, em todas as demais situações

²⁰ *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*. Disponível em <http://www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo11.htm>. Acesso em 15.08.2007.

de propriedade não se deva atender à função social do instituto. O que ocorre é que esse dever decorre, por assim dizer, da própria natureza do bem, de sua destinação normal. É por essa razão, a meu ver, que a chamada “propriedade de empresa” não comporta deveres de prestação de serviços sociais, incompatíveis com a própria natureza da empresa, em nosso sistema econômico, em sua qualidade de entidade direcionada, primariamente, à produção de lucros. Constitui, aliás, uma aberrante falácia do discurso neoliberal sustentar que o Estado fica dispensado, doravante, de cumprir seus deveres próprios de prestar serviços de natureza social — notadamente educação, saúde, previdência e moradia popular — porque tais serviços podem e devem ser prestados pelas empresas privadas.

Na doutrina econômica, a função social vem sendo observada igualmente nessa perspectiva, atentando-se, portanto, para a efetiva prioridade da organização produtiva, que consiste na produção de riqueza, e ressaltando-se, ainda, a premissa indispensável para a permanência da empresa, consubstanciada na capacidade de gerar renda suficiente que justifique a continuidade de suas atividades.

Com efeito, defende Fábio Nusdeo que a teoria da empresa parte do pressuposto hedonista, ou seja, da premissa de que a empresa sempre age para maximizar seu lucro²¹. No entanto, a empresa moderna não pode pensar apenas em maximizar o lucro, “mas sim procurar maximizar uma função complexa na qual entram diversas variáveis, das quais a mais importante, a longo prazo, continua sendo o lucro. Entre estas variáveis estão aquelas ligadas ao meio ambiente onde está localizada a empresa. Em outras palavras ela não pode ignorar o relacionamento e os condicionamentos decorrentes de suas

²¹ Segundo o autor, o “O hedonismo nada mais vem a ser do que uma atitude segundo a qual o homem visa sempre a maximizar os resultados de suas ações e iniciativas (...) Num mundo caracterizado pela escassez de recursos, o hedonismo, também chamado de *Lei da Maximização dos Resultados* corresponde, em sua essência, a uma atitude de racionalidade, pois se a capacidade produtiva de cada um e o suprimento dos fatores de produção aos quais se aplicará aquela capacidade são, ambos, por natureza limitados, nada mais racional do que tentar obter deles o mais alto retorno”. (*Curso de Economia*. São Paulo: RT, 2005, 4ª edição. p. 117).

relações com os seus fornecedores, os seus consumidores (e as suas associações), os seus concorrentes, a comunidade onde se localiza (e as suas associações, por exemplo, de defesa ecológica), as autoridades governamentais e, é claro, os seus acionistas, empregados, financiadores e supridores de tecnologia”²².

Coerentemente com esse raciocínio, pondera Diogo García-Marzá, em excelente publicação especializada²³, que as análises sobre o papel da empresa na sociedade moderna convergem no sentido de fixar a responsabilidade econômica como a categoria básica sobre a qual repousam outras categorias de responsabilidades, sendo essa peculiaridade o elemento que diferencia a organização empresarial das demais espécies de organização social, como fundações, associações e instituições filantrópicas e beneficentes.

Assim, segundo endossado por García-Marzá, o que se conhece genericamente como “Responsabilidade Social Empresarial” compõe-se de quatro diferentes categorias de funções que a sociedade espera ver exercidas pelo empresário: (i) responsabilidade econômica: a empresa deve procurar maximizar as receitas e minimizar seus custos, por meio da prática do “preço justo”, que lhe permita ser competitiva e, ao mesmo tempo, fazer frente aos diferentes interesses econômicos que se movem a seu redor, como salários e outros benefícios a colaboradores e adequada relação qualidade-preço de seus produtos ou serviços; (ii) responsabilidade legal, também conhecida como “conformidade legal” (“compliance”): o sistema jurídico positiva normas oponíveis à empresa enquanto organização jurídica, sob os mais diversos aspectos, desde a regulação do mercado até o estabelecimento de obrigações próprias do empresário. Por trás de tais normas, prevalece o valor de justiça nas relações privadas, refletido em regras que tutelam direitos e oferecem a segurança necessária

22 *Curso de Economia*. p. 261.

23 García-Marzá, Diogo. *Ética empresarial: Del diálogo a la confianza*. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p.179-181.

para a devida exequibilidade de contratos. Na hipótese do empresário discordar do conteúdo normativo de certa lei, deve, como qualquer cidadão, cumprir o comando legal e procurar modificá-la segundo os trâmites políticos estabelecidos em um Estado Democrático de Direito, colaborando no aprimoramento do sistema jurídico-empresarial; (iii) responsabilidade ética: abrange as expectativas e obrigações não previstas em lei, mas cujo cumprimento visa atender a determinados “centros” de interesse. São exigências sociais e ecológicas que não ostentam caráter suficientemente objetivo. Como exemplo, o respeito ao bem-estar da pessoa humana; (iv) responsabilidade voluntária ou filantrópica: diferentemente dos demais níveis, não se tratam de condutas exigíveis, mas sim desejáveis; a sociedade civil espera que o empresário seja colaborador das causas caritativas e no trabalho voluntário para a comunidade, com programas de suporte para o desenvolvimento local e regional, como a introdução de programas voltados ao combate do abuso de drogas e do álcool. No entanto, não se poderia considerar amoral o empresário que não perfaça tais práticas. São elementos que configuram a chamada “cidadania corporativa”.

Portanto, limitar a busca pelo lucro seria afrontar o princípio da livre iniciativa econômica (art. 1º, IV, c/c art. 170, C.F.) e a finalidade essencial da organização empresarial (art. 966, do Código Civil). O que se propôs, a respeito da perseguição do lucro, foi a chamada busca pelo “lucro justo”, que, em poucas palavras, consiste no resultado econômico alcançado dentro de parâmetros éticos e promocionais de interesses de *stakeholders*²⁴, desde que tais interesses sejam juridicamente apreciáveis e relevantes.

De todos os comentários, das citações e notas, infere-se que a função sócio-econômica não se confunde com responsabilidade so-

24 Sobre a noção de “lucro justo”, é interessantíssima a contribuição de Eduardo Teixeira Farah (Disciplina da empresa e princípio da solidariedade social. In: COSTA, Judith Martins (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 689).

cial e, muito menos, com filantropia. E, evidentemente, a função social da empresa encontra-se indissociável de sua função econômica, i.e., de seu papel como agente central do desenvolvimento de uma nação que tenha adotado o modelo de economia de mercado, pautado na livre iniciativa e na propriedade privada.

Por conseguinte, por função sócio-econômica pode-se entender como a adequação do exercício da empresa ao valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, C.F.), sem que disso resulte qualquer prejuízo à eficiência econômica, pressuposto para sua continuidade no âmbito das relações patrimoniais privadas. Em suma, consiste na busca ética do lucro, à vista de princípios constitucionais (art. 1º, IV, c/c art. 170, C.F.) e deveres de conduta que se projetam na comunhão de *stakeholders*.

4. Função sócio-econômica da empresa em recuperação judicial

Como bem comentado pela doutrina, ainda em momento anterior à edição da Lei nº 11.101/2005, foi-se o tempo em que a disciplina normativa da empresa em crise visava reger a relação entre o empresário e seus credores, na premissa de que a empresa equivaleria a patrimônio destinado exclusivamente à satisfação das dívidas do empresário. Por outro lado, o instituto da concordata era sabidamente insuficiente para os desafios por que passava a empresa em crise. Aliás, os requisitos legais para concessão da concordata não cogitavam da probabilidade de recuperação da empresa e de sua viabilidade econômico-financeira²⁵.

O problema da função sócio-econômica da empresa em crise não passou despercebido por ocasião da tramitação do Projeto de Lei de Recuperação de Empresas e Falências (PLC 71/2003) no Congresso Nacional.

²⁵ Ricardo Tepedino, A Recuperação da Empresa em Crise diante do Decreto-lei 7.661/1945, *Revista de Direito Mercantil*, nº 128, p.166.

Com efeito, vale reproduzir trecho do Parecer nº 534, da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, elaborado sob a relatoria do senador Ramez Tebet²⁶:

Nesse sentido, nosso trabalho pautou-se não apenas pelo objetivo de aumento da eficiência econômica — que a lei sempre deve propiciar e incentivar — mas, principalmente, pela missão de dar conteúdo social à legislação. O novo regime falimentar não pode jamais se transformar em bunker das instituições financeiras. Pelo contrário, o novo regime falimentar deve ser capaz de permitir a eficiência econômica em ambiente de respeito ao direito dos mais fracos.

Dos princípios adotados na análise pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal do PLC 71/2003, e nas modificações propostas, alguns se encontram relacionados com a questão da funcionalidade da empresa, destacando-se a preservação da empresa, a recuperação de empresas recuperáveis, a retirada do mercado de empresas não recuperáveis, a tutela dos interesses de trabalhadores e a redução do custo do crédito no Brasil²⁷.

²⁶ Publicado no Diário do Senado Federal de 10.06.2004, p. 17857 e ss.

²⁷ Destaquem-se adiante trechos do relatório do senador Ramez Tebet, a propósito dos princípios adotados na análise do PLC nº 71/2003 e de suas modificações propostas: "1) Preservação da empresa: em razão de sua função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País. Além disso, a extinção da empresa provoca a perda do agregado econômico representado pelos chamados intangíveis como nome, ponto comercial, reputação, marcas, clientela, rede de fornecedores, know-how, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros (...). 3) Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis: sempre que for possível a manutenção da estrutura organizacional ou societária, ainda que com modificações, o Estado deve dar instrumentos e condições para que a empresa se recupere, estimulando, assim, a atividade empresarial. 4) Retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis: caso haja problemas crônicos na atividade ou na administração da empresa, de modo a inviabilizar sua recuperação, o Estado deve promover de forma rápida e eficiente sua retirada do mercado, a fim de evitar a potencialização dos problemas e o agravamento da situação dos que negociam com pessoas ou sociedades com dificuldades insanáveis na condução do negócio. 5) Proteção aos trabalhadores: os trabalhadores, por terem como único ou principal bem sua força de trabalho, devem ser protegidos, não só com precedência no recebimento de seus créditos na falência e na recuperação judicial, mas com instrumentos

Registre-se, ainda, que o problema da função sócio-econômica da empresa está longe de ensejar discussões meramente teóricas. Recentemente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por meio de acórdão proferido pela Segunda Câmara Cível, optou por contrariar o formalismo da lei, firmando decisão no sentido de evitar a decretação da falência de determinado empresário. No caso em questão, o Juízo de primeiro grau havia julgado extinto requerimento de falência fundado em cédula de crédito bancário, por entender que estariam ausentes os requisitos de certeza e liquidez do título. Com opinião diversa, a Segunda Câmara Cível decidiu reformar a sentença. Assim, embora estivesse evidenciada a impontualidade do devedor, bem como presentes os demais requisitos legais autorizadores da decretação de falência, o Tribunal deixou de fazê-lo, sob o argumento de que deveria ser dada oportunidade ao devedor de apresentar pedido de recuperação, em atenção ao princípio da preservação da empresa e de sua função social. Vale transcrever curto trecho da decisão²⁸:

“No mérito, não há que se falar em iliquidez dos títulos que instruem a peça inicial, tendo em vista a entrada em vigor da Lei 10.931/04.

Como é sabido, a Cédula de Crédito Bancário possui eficácia de título executivo extrajudicial, independentemente da natureza da operação de crédito por ela representada.

Tal atributo decorre da imposição legal prevista na Lei 10.931/04, que em seu art. 26 estatui que a CDB é título de crédito representativo de promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito de qualquer modalidade. (...)

que, por preservarem a empresa, preservem também seus empregos e criem novas oportunidades para a grande massa de desempregados. 6) Redução do custo do crédito no Brasil: é necessário conferir segurança jurídica aos detentores de capital, com preservação das garantias e normas precisas sobre a ordem de classificação de créditos na falência, a fim de que se incentive a aplicação de recursos financeiros a custo menor nas atividades produtivas, com o objetivo de estimular o crescimento econômico.” (Diário do Senado Federal de 10.06.2004, p. 17865 e 17866).

28 TJRJ — Segunda Câmara Cível — Apelação Cível nº 2006.001.21767 — Rel. Des. Conceição A. Mousnier — Unânime — julgada em 20.09.2006 (disponível em www.tj.rj.gov.br, acessado em 25.08.2007).

Assim, constata-se que o crédito in casu além de ter sido regularmente constituído, foi levado à protesto. (...)

Evidenciada, portanto, a impontualidade, sem que a Requerida tenha efetuado o respectivo depósito elisivo, seria hipótese de decretação da quebra. (...)

Corolário do exposto é o CONHECIMENTO DO RECURSO e O PARCIAL PROVIMENTO DO APELO para na forma do art. 515, § 3º, do CPC, reformar a sentença que extinguiu o processo sem julgamento do mérito, tendo em vista o entendimento desta Relatora, no sentido de que a cédula de crédito bancário emitida juntamente com o contrato de abertura de crédito e planilha de cálculo constitui título líquido e exigível, apto a ensejar o requerimento de falência.

Entretanto, antes de decretar a bancarrota, em atenção aos princípios da função social e da preservação da empresa, esta Relatora vota no sentido de conceder o prazo de 10 dias previsto no art. 98 da Lei de Quebras para que o Requerido efetue o respectivo depósito elisivo, ou, havendo interesse, formule o requerimento de recuperação judicial, demonstrando desde já o preenchimento dos requisitos impostos pelo art. 51 da Lei 11.101/2005; sendo certo que na última hipótese, os autos serão encaminhados ao I. Juízo a quo para que observe a viabilidade ou não do respectivo procedimento, a fim de que se evite futura argüição de supressão de instância”.

Colocados tais pontos, surge naturalmente um problema, que é estabelecer as balizas para o cumprimento da função sócio-econômica da empresa em recuperação judicial.

Como antecipado neste artigo, a função dos institutos jurídicos é dotada, por definição, de caráter dinâmico, de modo que seus contornos variam conforme a evolução dos interesses que se relacionam com a situação concreta em que se encontra dado instituto. Por isso, costuma-se fazer referência a “momento funcional”, no sentido de permitir uma avaliação periódica da função do instituto.

Essa noção é notavelmente relevante para a empresa, cuja estrutura é essencialmente dinâmica, por se fundar no exercício de uma atividade econômica organizada (art. 966, Código Civil). Por aí se constata que sua funcionalidade está sujeita a um espectro mais am-

plo de variação, conforme as sucessivas mutações por que passa a organização empresarial, no curso regular de sua operação.

Se o perfil funcional da empresa é fundamentalmente variável, é presumível que, a partir da concessão da recuperação judicial, a empresa assumirá novas funções à vista de sua reestruturação interna e da ampla revisão das relações jurídicas estabelecidas entre o empresário e *stakeholders*, tudo em conformidade com as soluções propostas pelo plano de recuperação.

Nesse aspecto, é válido registrar que a amplitude da revisão das relações jurídicas do empresário só encontra como limites: (i) prazo para pagamento dos credores trabalhistas (art. 54, da Lei nº 11.101/2005); (ii) renegociação de débitos fiscais e previdenciários exclusivamente por meio de parcelamento específico, requerido e processado perante a Fazenda credora ou, conforme o caso, o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS (art. 68, da Lei nº 11.101/2005 e art. 155-A, do Código Tributário Nacional, que ainda carece de regulamentação); (iii) necessidade de consentimento pelo credor titular de garantia real quanto à substituição ou supressão da garantia no caso de alienação do bem (art. 50, § 1º, da Lei nº 11.101/2005); (iv) necessidade de consentimento pelo credor titular de crédito em moeda estrangeira quanto à proposta de fixação de indexador que não esteja vinculado à variação cambial (art. 50, § 2º, da Lei nº 11.101/2005)²⁹.

Ainda com relação à revisão dos interesses de *stakeholders* por meio do procedimento de recuperação judicial, tome-se como exemplo a relação do empresário com seus fornecedores. Diante da relevância da manutenção do fluxo de fornecimentos para o curso normal das atividades operacionais da empresa, a lei procura incentivar a continuidade dessa relação, ao prever que os créditos quirografários sujeitos à recuperação (portanto, anteriores à distribuição do pedido, conforme art. 49, da Lei nº 11.101/2005) serão elevados à classe

²⁹ Conforme bem comentado por Fábio Ulhoa Coelho (*Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, p. 159-160)

de créditos privilegiados, caso o devedor venha a ter sua falência decretada (art. 67, parágrafo único, da Lei nº 11.101/2005). É sem dúvida uma hipótese de intervenção estatal na autonomia da vontade e, assim, exceção ao ambiente negocial entre credores e devedor, que preside a recuperação judicial, tendo como premissa, repita-se, a importância do papel dos fornecedores para a preservação da empresa.

Colocados esses comentários iniciais, uma primeira reflexão consiste em saber se seria razoável exigir-se da empresa em recuperação o atendimento aos padrões de desenvolvimento sustentável da atividade econômica. Em resumo, considerando-se a fragilidade estrutural da empresa, seria possível a seus administradores operá-la à luz dos melhores princípios de governança? Ou, de outra forma, poderiam ser abolidas as diretrizes de condução da empresa em conformidade com os interesses de *stakeholders*?

A melhor orientação parece ser aquela que mantenha as exigências de sustentabilidade sócio-econômica da empresa, ainda que diante do cenário de crise.

Não se pode perder de vista que a lei já impõe sacrifícios graves aos interesses de *stakeholders*, que a eles se submetem forçadamente e passivamente, ao menos até que o plano de recuperação seja apresentado em juízo, oportunidade a partir da qual poderão formular objeção e provocar a convocação de assembléia geral de credores, a fim de que as negociações entre as diversas comunhões de interesse sejam postas em prática, de forma aberta.

Portanto, considerando os benefícios que o empresário obtém por meio do deferimento do processamento da recuperação — sobretudo a suspensão de ações e execuções, observadas as exceções legais e o prazo máximo de 180 dias — deve-se dele reclamar a demonstração de que a viabilidade da empresa é factível não apenas para fins de satisfação dos interesses imediatos de credores sujeitos ao regime da recuperação, mas principalmente como unidade de produção apta a contribuir para o desenvolvimento da economia (local, regional, nacional ou internacional, conforme a dimensão da ati-

vidade), com respeito a interesses patrimoniais e existenciais daqueles com quem se relaciona.

Pensar o contrário seria permitir a imposição de perdas, sem a contrapartida cabal, que é a socialização do aproveitamento da preservação da empresa.

Esses argumentos não levam a crer que se possa exigir da empresa sob recuperação judicial o grau de “funcionalização” considerado ideal, ainda porque pensar em função sócio-econômica da empresa não é inseri-la num mundo ideal, onde todos os interesses devam ser plenamente atendidos. Se esse raciocínio é procedente, a empresa sob recuperação judicial não tem condições de cumprir com sua função de forma ideal, de modo que uma visão realista da crise empresarial impõe considerar que determinados sacrifícios serão inevitáveis: portanto, cabe examiná-los *vis-à-vis* os benefícios que podem ser esperados em razão do cumprimento do plano de recuperação.

Embora este artigo não tenha adotado como premissa metodológica a análise econômica do direito, uma lição de Ronald Harry Coase é absolutamente oportuna: uma empresa que gere benefícios particulares, mas que esteja em posição que produza (real ou potencialmente) danos a terceiros (“custos sociais”) — portanto, que não atenda *prima facie* ao *standard* de “funcionalização” razoavelmente exigido segundo o conceito de sustentabilidade empresarial — não necessariamente deve ser expurgada da atividade econômica, como seria instintivamente defendido após uma leitura simplista do problema.

De fato, os benefícios reais trazidos pela existência daquela empresa podem ser tamanhos que acabem por legitimar sua existência, ou, ainda, que determinem uma adequação que minimize seus custos sociais, os quais continuarão, de certa forma, sendo produzidos. Diante do problema, qualquer solução drástica pode ser mais bem entendida se ponderados quais seriam seus reais efeitos, antes mesmo de aplicada a solução. Leia-se adiante a lição de Coase³⁰:

30 The Problem of Social Cost. *The Firm, the Market and the Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990, p. 154.

“(…) A second feature of the usual treatment of the problems discussed in this article is that the analysis proceeds in terms of a comparison between a state of *laissez faire* and some kind of ideal world. This approach inevitably leads to a looseness of thought since the nature of the alternatives being compared is never clear () Actually, very little analysis is required to show that an ideal world is better than a state of *laissez faire*, unless the definitions of a state of *laissez faire* and an ideal world happen to be the same. But the whole discussion is largely irrelevant for questions of economic policy since, whatever we may have in mind as our ideal world, it is clear that we have not yet discovered how to get to it from where we are. A better approach would seem to be to start our analysis with a situation approximating that which actually exists, to examine the effects of a proposed policy change, and to attempt to decide whether the new situation would be, in total, better or worse than the original one. In this way, conclusions for policy would have some relevance to the actual situation”.

Trazendo esse pensamento para a situação experimentada pela empresa em crise, é importante que sejam sopesados, numa dada realidade, os seguintes custos e benefícios: (i) da manutenção do estado atual e do seu natural agravamento, culminando com a abertura da falência; (ii) da concessão da recuperação judicial, segundo um plano que se supõe previamente apreciado e discutido entre os interessados (devedor e credores); (iii) do não cumprimento do plano de recuperação, com o conseqüente retardamento da liquidação dos bens de produção, por meio da falência. Só então haverá legitimidade para julgar a adequação da empresa ao *standard* de “funcionalização” exigido segundo as limitações impostas pela situação concreta.

Logo, o papel da empresa em crise merece ser interpretado segundo sua capacidade (operacional, econômica e financeira) de atendimento dos interesses que vêm priorizados pela norma legal e constitucional, nomeadamente os interesses do trabalhador, de consumidores, de agentes econômicos com os quais o empresário se relaciona, incluindo-se no último a comunhão de seus credores (principalmente aqueles considerados estratégicos para a atividade empre-

sarial, como credores financeiros e comerciais, incluindo-se fornecedores de produtos e serviços) e, enfim, de interesses da própria coletividade, entre os quais se destacam aqueles relacionados ao meio ambiente.

Portanto, esse atendimento de interesses não deve ser apenas quantitativo (i.e., considerados sob o enfoque de valor em dinheiro a ser satisfeito no curso da recuperação), como também qualitativo, prevalecendo nesse panorama os seguintes interesses declinados no art. 170, da Constituição Federal: (i) livre iniciativa econômica (art. 1º, IV e art. 170, C.F.) e liberdade de associação (art. 5º, XX, C.F.); (ii) propriedade privada e função social da propriedade (art. 170, I e II, C.F.); (iii) sustentabilidade sócio-econômica (valor social do trabalho, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução de desigualdade e promoção do bem-estar social, art.170, *caput* e incisos V, VI, VII, C.F.); (iv) livre concorrência (art. 170, IV, C.F.); (v) tratamento favorecido ao pequeno empreendedor (art.170, IX, C.F.).

Uma referência apropriada para os argumentos que se apresentam constitui o recente caso da recuperação judicial da Eucatex S.A. Indústria e Comércio (“Eucatex”), requerida perante o Juízo da 3ª Vara Judicial da Comarca de Salto, Estado de São Paulo (processo nº 526.01.2005.007220-1). Para esse efeito, serão comentadas adiante as informações relevantes sob os aspectos econômico e jurídico, que dizem respeito às negociações entre a devedora, seus credores bancários e seus debenturistas.

A Eucatex havia migrado da concordata preventiva para a recuperação judicial, no exercício da faculdade prevista no art. 192, § 2º, da Lei nº 11.101/2005. Contra o plano de recuperação proposto pela devedora, apresentaram impugnação Banco Bradesco S.A. e Unibanco — União de Bancos Brasileiros S.A. e, ainda, a debenturista Fundação Petrobras de Seguridade Social — PETROS. Diante de tais impugnações, foi convocada assembléia geral de credores.

No curso da assembléia geral, foi realizada pela Eucatex a exposição da situação da empresa e da proposta constante do plano de

recuperação judicial, contra a qual veio a ser apresentada contraproposta por credores bancários em conjunto (Itaú S.A., Itaú BBA, Bradesco e Unibanco), que contemplava substancialmente alteração da forma de pagamento e atualização de créditos de certos grupos de credores indicados no plano original. Subsequentemente, a devedora pediu a suspensão da assembléia, retornando com terceira proposta, que considerava em parte as condições previstas no plano de recuperação original e na contraproposta dos bancos, sob o argumento de que a proposta apresentada pelos bancos alteraria 80% dos créditos, com impacto na liquidez de caixa da Eucatex, onerando-a em grau superior à sua capacidade de pagamentos.

A última proposta da Eucatex previa, essencialmente, que, para os credores do chamado “Grupo B”, seria realizada a conversão da totalidade de debêntures subordinadas (cujo crédito totalizava R\$ 109.976.160,00) em participação societária (ações ordinárias e preferenciais de emissão da Eucatex), em substituição à condição anterior, que era de pagamento do crédito das debêntures em dinheiro e em 48 parcelas mensais e sucessivas de R\$ 2.291.170,00. Uma vez submetida à discussão, a Fundação Petrobras de Seguridade Social — PETROS — credora integrante do referido “Grupo B” — registrou sua divergência, sob a justificativa de que a contraproposta da Eucatex estaria dando tratamento diferenciado a credores da mesma classe (i.e., aqueles incluídos no art. 41, III, da Lei nº 11.101/2005: quirografários, com privilégio e subordinados), o que violaria o sistema da Lei nº 11.101/2005.

O plano de recuperação judicial da Eucatex acabou sendo aprovado em cada categoria de credores e por maioria por todos os credores, conforme art. 45, da Lei nº 11.101/2005, o que levou a Fundação Petrobras de Seguridade Social — PETROS a apresentar oposição à homologação judicial do plano. O juízo da recuperação rejeitou a oposição, entendendo que, entre outros argumentos: (i) não teria havido irregularidade na verificação do quorum de deliberação (art. 45, § 3º, da Lei nº 11.101/2005); (ii) a Lei nº 11.101/2005 não exigiria tratamento uniforme para todos os credores, salvo na hipótese do art.

58, § 2º; (iii) os credores da mesma classe titulares de debêntures receberiam seus créditos do mesmo modo³¹.

Assim, foi homologado o plano conforme a última versão apresentada pela Eucatex e concedida judicialmente sua recuperação, em decisão contra a qual foi interposto agravo de instrumento pela Fundação Petrobras de Seguridade Social — PETROS (agravo de instrumento nº 493.240-4/1-00), com o escopo de suspender a execução do plano aprovado, ou, ao menos, suspender a conversão das debêntures em ações.

A Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado do Tribunal de Justiça, do Estado de São Paulo deu provimento ao agravo de instrumento em questão, decidindo fundamentadamente sobre a relatividade do poder conferido pela lei à comunhão de credores e ao devedor, no que diz respeito à formulação das bases do plano de recuperação.

No caso em tela, entendeu-se que a regra contratual aprovada em assembléia geral de credores violava a Constituição Federal, vez que determinava a conversão de créditos em participação societária, ao arrepio do princípio da liberdade de associação, previsto no art. 5º, XX, da Constituição Federal.

Reproduza-se em parte a referida decisão, proferida em 01.08.2007:

5. Aludiu-se à ingerência do Poder Judiciário na aprovação do plano, à soberania da vontade dos credores, impedindo que o Juiz possa, em face de um plano aprovado pelo quorum qualificado, negar a recuperação judicial.

O art. 50 da Lei 11.101/05, arrola exemplificativamente, formas de recuperação da empresa que se encontra em crise econômico-finan-

31 Convém destacar que os únicos titulares de tais debêntures eram a PETROS (R\$ 78.099.010,00) e o Banco Bradesco S.A. (R\$ 31.877.150,00), sendo o último também integrante do chamado "Grupo A" de credores, por conta de outros contratos de financiamento, totalizando R\$ 8.287.430,00.

ceira. Mas não impede que outras formas sejam imaginadas e adotadas, levando em consideração o volume dos créditos, a natureza da atividade econômica desenvolvida, e assim por diante.

Mas, essa liberdade não é irrestrita, pois encontra os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Não se pode, por exemplo, deferir-se a recuperação judicial com base em um plano que preveja a sonegação de impostos, ou a retenção indevida da contribuição dos trabalhadores ao órgão de previdência.

Um dos princípios fundamentais estabelecidos pela Constituição da República é o da liberdade de associação (art. 5º, XX). É por essa razão que a Lei 6.404, de 15.12.1976, confere ao titular da debênture a conversão de seu crédito em ações, desde que com isso concorde. Sem a concordância, haveria clara violação da liberdade aludida.

Ora, o plano de recuperação judicial aprovado impôs a conversão do crédito dos debenturistas em ações da empresa em recuperação. Violou, assim, a liberdade fundamental assegurada pela Constituição da República. Transformou o credor, ainda que subordinado, em acionista da empresa, assumindo, com isso, a responsabilidade pela recuperação.

A medida é, evidentemente, violadora do ordenamento jurídico. A rigor, competia ao magistrado, apesar da aprovação do plano, indeferir a recuperação judicial e decretar a falência. Todavia, não se olvidando da finalidade inicialmente mencionada, melhor será dar nova oportunidade aos credores para que, em outra assembléia-geral, alterem o plano, eliminando a violação apontada.

6. Para tal fim, anula-se a aprovação do plano de recuperação judicial, devendo outra assembléia-geral ser realizada.

Posteriormente, em 19.09.2007, foi realizada nova assembléia geral de credores, para fins de exame e discussão do novo plano de recuperação judicial, que havia sido aditado para absorver o pleito da Fundação Petrobras de Seguridade Social — PETROS³², tendo sido tal

32 Conforme os dados do documento intitulado "Proposta de Aditamento ao Plano de Recuperação Judicial Apresentado e Votado na Assembléia Geral de Credores Realizada em 18/10/2006", que corresponde ao plano de recuperação da Eucatex alterado e consolidado e que veio a ser aprovado pela unanimidade dos credores presentes à assembléia geral de

plano aprovado por unanimidade. Enfim, em 10.10.2007, foi proferida sentença pelo Juízo da 3ª Vara Judicial de Salto, concedendo a recuperação judicial da Eucatex, com base no plano aprovado nos termos da assembléia geral de credores de 19.09.2007.

Um problema que merece destaque no “Caso Eucatex” consiste na interpretação sistemática da Lei nº 11.101/2007, no sentido de permitir a revisão do conteúdo do plano em hipóteses de não atendimento de interesses de determinado credor (ou grupo de credores) e, cumulativamente, sejam esses interesses valorados pelo ordenamento jurídico como mercedores de tutela específica, a ponto de prevalecer sobre os demais interesses em discussão no processo de recuperação, inclusive aqueles decorrentes do próprio saneamento da empresa.

Sem dúvida, não é razoável a tentativa de soerguimento empresarial mediante a imposição de sacrifício que represente afronta a direito assegurado pela Constituição da República (direito à liberdade de associação). Pode ser dito que a quebra das bases da relação de crédito (ou seja, relação debenturista x companhia emitente), em ta-

19.09.2007, a PETROS teve parte de seu crédito incluído no “Grupo A” de credores, a ser pago em três parcelas mensais, nos valores respectivos de R\$ 4.566.608,44, R\$ 400.146,90 e R\$ 508.373,39. Ademais, outra parte do crédito da PETROS será quitada por meio de dação em pagamento de bens de propriedade da Eucatex (listados no plano), na proporção de 26,64% do total dos bens, avaliados globalmente em R\$ 144.457.000,00. Embora tenha sido mantida a conversão das debêntures em participação acionária da Eucatex, as ações ordinárias atribuídas à PETROS e ao Banco Bradesco S.A. serão adquiridas pela sociedade Grandfood Indústria e Comércio Ltda, pelo preço total de R\$ 3.910.782,00, “tendo sido acordado entre os credores dos Grupos A e B que a totalidade dos recursos será destinada exclusivamente ao credor Petros”. Por último, as ações preferenciais da Eucatex, igualmente resultante da conversão das debêntures, foram distribuídas entre os credores dos Grupos A e B (e, portanto, não apenas aos destinatários originais, que eram Bradesco e PETROS), no pressuposto de que poderiam vir a ser alienadas em mercado. Para esse efeito, a Eucatex permaneceu com a obrigação de pagar a diferença entre o preço efetivamente obtido pela venda dessas ações em mercado e o valor de R\$ 7,747, correspondente ao preço de emissão das ações (e à média das cotações nos 30 últimos pregões anteriores a 31.08.2007), desde que tal alienação se verifique após o prazo de 3 anos e antes do prazo de 4 anos, ambos contados da data de publicação da homologação do plano de recuperação da Eucatex.

manho grau, corresponderia à verdadeira “disfunção” da empresa, uma vez que a colocaria à margem das regras que visam trazer segurança nas relações constituídas no âmbito do mercado financeiro e de capitais brasileiro, ponto de partida para a adequada aplicação de recursos por parte de investidores institucionais, como o são os fundos de pensão. Em uma palavra, a solução de conversão impositiva de debêntures em ações modificaria essencialmente a posição jurídica do interessado relativamente à companhia, resultando praticamente no perdão da integralidade da dívida, vez que a participação acionária ofertada ostentaria valor duvidoso, diante da situação de crise da empresa.

Poderia ser afirmado, como contra-argumento, que a conversão seria necessária à reestruturação financeira e à retomada da capacidade de pagamentos da devedora. No entanto, para a procedibilidade desse argumento, a conversão deveria ser no mínimo acompanhada de sacrifícios de igual gravidade suportados por outros grupos de credores e pelo próprio acionista controlador da devedora, de forma a legitimar a solução global do problema, mantendo-se comutatividade entre as posições dos variados *stakeholders*. E mais: tais sacrifícios deveriam ser no mínimo compensados pelos benefícios que resultariam da efetiva recuperação da devedora. Do contrário, não restaria outra solução que não a falência.

Não se está defendendo, a partir da noção de comutatividade entre *stakeholders*, que vigoraria na recuperação o princípio da *par conditio creditorum*. Sabe-se muito bem que esse princípio de direito falimentar não encontra fundamento para ser aplicado no ambiente da recuperação judicial³³. O que se pretende observar é que o emprego funcional da empresa obriga que se adote, a propósito de sua recuperação, solução (ou o conjunto de soluções) da qual se estabeleçam situações minimamente equilibradas entre as diversas posições

33 Exceto na limitada hipótese do art. 58, § 2º, Lei nº 11.101/2005, e, ainda nesse caso, sem a amplitude, o sentido, a finalidade e os rigores que resultam da aplicação da *par conditio* no processo de falência.

jurídicas de *stakeholders* e, ainda, que preserve interesses cuja realização é considerada prioritária pelo sistema jurídico, aqui incluídos necessariamente aqueles interesses de hierarquia constitucional.

Nesse raciocínio, é válido tomar como exemplo um caso hipotético.

A companhia aberta VENTURA S.A., com objeto voltado à indústria de entretenimento, conta com a colaboração de 800 empregados e tem como principais acionistas oito investidores institucionais, que igualmente a financiaram mediante subscrição e integralização de debêntures. Ao lado desses financiamentos (participação societária e dívida), a VENTURA S.A. contraiu empréstimo bancário de longo prazo, de valor substancial, cujos encargos, somados à remuneração das debêntures, acabaram por gerar despesas financeiras de tal monta que chegam a superar as receitas operacionais da empresa, daí resultando dificuldades de caixa, prejuízos sucessivos e, por conseguinte, inviabilizando a capacidade de investimentos e estagnando sua política de marketing e de modernização de seus equipamentos.

Nesse cenário, levando-se em consideração que a VENTURA S.A. gera receita de valor significativo e, portanto, mostra-se viável economicamente, a reestruturação da dívida surge como primeira alternativa para a manutenção da atividade da VENTURA S.A. e para o atendimento dos interesses sócio-econômicos dela decorrentes. Tais fatores levam os acionistas controladores da companhia a requerer sua recuperação judicial.

Visando a reestruturação da dívida, o *pool* de acionistas controladores (e também principais debenturistas) propõe: (i) repactuação das debêntures, com a conversão de 90% de seu valor em capital social; (ii) renegociação da dívida bancária, com a redução drástica dos encargos, perdão pelo credor das penalidades já aplicadas e alongamento do prazo de amortização do principal; (iii) alienação do controle acionário a preço simbólico (R\$ 1,00), para que a gestão da empresa seja entregue a grupo empresarial de renome internacional,

que igualmente se dispõe a aportar novos recursos para a modernização dos equipamentos da empresa.

Suponha-se, então, que um grupo de debenturistas, titulares de 20% do volume global dos créditos, divirja em assembléia geral de credores da proposta contida no plano de recuperação, sob o argumento de que não seria razoável a remissão de 90% de seus créditos, aliado ao fato de que não tinham o menor interesse em assumir a posição de sócio da VENTURA S.A.

Não obstante a situação possa ser semelhante ao Caso Eucatex, há na hipótese em tela um diferencial fundamental: os próprios acionistas controladores se dispõem a suportar cota de sacrifício em grau bem mais grave que os credores insatisfeitos. Logo, além de os acionistas controladores serem impactados em montante muito superior aos demais credores (já que são também os principais debenturistas), aqueles sócios se propõem a abrir mão do controle acionário, diante da oportunidade de transferência do poder de gestão a grupo empresarial de alta reputação internacional, cujo profissionalismo poderia mudar substancialmente os processos internos de administração da empresa, além do fato de estar disposto a investir com dinheiro novo para a reformulação de equipamentos. Esse conjunto de soluções figura como consistente caminho de soerguimento da empresa, redundando na manutenção de 800 postos de trabalho, recolhimento de tributos, contratos de fornecimento etc. É intuitivo que nada mais cabe à minoria de credores divergente senão a conscientização de que a proposta de recuperação da empresa encontra-se em harmonia com o princípio da função sócio-econômica, sobretudo pela comutatividade das posições ofertadas aos principais *stakeholders*.

Assim, esse exemplo conduz a uma segunda reflexão, consistente na minimização do proveito a ser tirado pelo empresário, no curso da crise. A gravidade do problema de se impor sacrifícios a terceiros exige ao empresário a probidade de contribuir com a maior cota de sacrifícios: seja o empresário individual, seja o sócio contro-

lador da sociedade empresária, tais pessoas, como direcionadores da gestão da empresa, devem fazer com que suas prerrogativas patrimoniais e políticas sejam limitadas, em proveito de *stakeholders* e, por consequência, da própria empresa.

Portanto, essa ponderação leva a crer que: (i) remunerações sobre o capital de sócio (juros sobre o capital, dividendos, reembolso etc³⁴) sejam suspensas, bem como remunerações de administradores estatutários indicados pelo controlador sejam minimizadas; (ii) o voto em assembléia geral ou, dependendo do tipo societário, reunião de sócios, ou, ainda, em reuniões dos órgãos da administração, tenha como prioridade a adoção de medidas das quais resultem o fortalecimento da empresa, como reinvestimentos, renegociação das bases de novas contratações com fornecedores, não contratação com sociedade coligadas ou controladoras, controladas, ou sob controle comum, salvo se em estritas bases de mercado e em evidente proveito para a empresa em crise

Com efeito, ingressa-se aqui em outra vertente da recuperação empresarial, que se consubstancia na limitação do poder do empresário em gerir a atividade: sob o enfoque da sociedade empresária, o controle societário deve ser exercido não mais segundo as perspectivas de interesse de seu titular, mas em atenção aos demais interesses em jogo, sobretudo daqueles que carecem de maior poder de barganha, como os credores trabalhistas.

O problema da comutatividade das posições entre *stakeholders* não se limita às soluções e condições circunstanciais de recuperação da empresa, fruto da autonomia da vontade. Nesse sentido, chega a ser ofensiva a regra legal que faz prevalecer injustificadamente os interesses fazendários, por meio da exigência de apresentação de certidão negativa de débitos tributários pelo devedor, a fim de que o juiz esteja apto a conceder a recuperação, após a aprovação do pla-

³⁴ Lembre-se que o fato da empresa estar em crise não significa a impossibilidade de se distribuir resultado contábil, desde que haja caixa para isso.

no em assembléia geral de credores (art. 57 e art. 58, da Lei nº 11.101/2005).

Além da crítica doutrinária³⁵, há decisões judiciais reconhecendo a inconstitucionalidade da referida exigência e, por conseguinte, deixando de aplicá-la, como, por exemplo, a decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível de Ponta Grossa, Estado do Paraná, em 02.12.2005 (processo nº 390/2005), objeto dos comentários publicados por José Eli Salamacha, em artigo especializado³⁶. Por meio dessa decisão, foi concedida a recuperação judicial de uma empresa madeireira, que teve seu plano aprovado pela unanimidade dos credores presentes à assembléia geral de credores, embora o devedor tenha deixado de apresentar certidão negativa de débitos tributários. Entre outros argumentos consistentes, a decisão foi fundamentada nos princípios da função social da empresa, da razoabilidade e do devido processo legal, este último em razão de, na visão do magistrado, a norma do art. 57, da Lei nº 11.101/2005 resultar no afastamento do direito do contribuinte de discutir judicialmente a exigibilidade de tributos contra ele lançados.

Ao que tudo indica, priorizar o interesse fazendário em detrimento de interesses dos demais *stakeholders* parece afrontar a ordem de interesses estabelecida pelo art. 170, da C.F., configurando nítido exemplo de deturpação legal da função sócio-econômica da empresa.

5. Conclusões

De todo o exposto neste artigo, podem ser inferidas as seguintes conclusões:

³⁵ Vide, pode todos, o artigo de Sergio Campinho, *Apresentação de certidões negativas de débito fiscal no âmbito do processo de recuperação de empresas — Lei nº. 11.101/2005* (disponível em <http://www.campinhoadv.com.br/artigo3.pdf>, acessado em 17.07.2007).

³⁶ Débitos Fiscais e a Recuperação Judicial de Empresas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 140, p. 118-125, out-dez. 2005.

(i) a função social da empresa não é do tipo limitativa dos poderes do empresário, mas sim “promocional” de interesses juridicamente relevantes, segundo a ordem de valores expressa na Constituição da República. Ao invés de se falar em “limitação” do uso da propriedade empresária, fala-se em “funcionalização” dessa categoria de propriedade por meio do modo como é realizada sua “destinação” econômica e social;

(ii) a função primária da empresa é de ordem econômica, no sentido de que, por meio de sua operação, sejam obtidas a maximização da produção e a minimização dos custos, assegurando-se, dessa forma, um “preço justo”, que lhe permita ser competitiva e fazer frente não apenas a seu escopo fundamental (i.e., geração de lucro a seu titular) como também aos diferentes interesses econômicos que a envolvem (salários, tributos, contribuições previdenciárias, credores financeiros etc);

(iii) o que se conhece genericamente como “Responsabilidade Social Empresarial” compõe-se de quatro diferentes categorias de funções que a sociedade espera ver exercidas pelo empresário: (a) responsabilidade econômica; (b) responsabilidade legal, também conhecida como “conformidade legal” (“compliance”); (c) responsabilidade ética; (d) responsabilidade voluntária ou filantrópica. Assim, a função sócio-econômica não se confunde com responsabilidade social e, muito menos, com filantropia. E, evidentemente, a função social da empresa encontra-se indissociável de sua função econômica;

(iv) se o perfil funcional da empresa é fundamentalmente variável, é presumível que, a partir da concessão da recuperação judicial, a empresa assuma novas funções à vista de sua reestruturação interna e da ampla revisão das relações jurídicas estabelecidas entre o empresário e *stakeholders*;

(v) a melhor orientação parece ser aquela que mantenha as exigências de sustentabilidade sócio-econômica da empresa, ainda que diante do cenário de crise, sob pena de se permitir a imposição

de perdas, sem a contrapartida cabal, que é a socialização do aproveitamento da preservação da empresa;

(vi) esses argumentos não levam a crer que se possa exigir da empresa sob recuperação judicial o grau de “funcionalização” considerado ideal. Uma visão realista da crise empresarial impõe considerar que determinados sacrifícios serão inevitáveis: portanto, cabe examiná-los *vis-à-vis* os benefícios que podem ser esperados em razão do cumprimento do plano de recuperação;

(vii) o papel da empresa em crise merece ser interpretado segundo sua capacidade (operacional, econômica e financeira) de atendimento dos interesses que vêm priorizados pela norma legal e constitucional, nomeadamente os interesses do trabalhador, de consumidores, de agentes econômicos com os quais o empresário se relaciona, incluindo-se no último a comunhão de seus credores (principalmente aqueles considerados estratégicos para a atividade empresarial, como credores financeiros e comerciais, incluindo-se fornecedores de produtos e serviços) e, enfim, de interesses da própria coletividade, entre os quais se destacam aqueles relacionados ao meio ambiente;

(viii) esse atendimento de interesses não deve ser apenas quantitativo, como também qualitativo, prevalecendo nesse panorama os interesses declinados no art. 170, da Constituição Federal;

(ix) o emprego funcional da empresa obriga que se adote, a propósito de sua recuperação, solução (ou o conjunto de soluções) da qual se estabeleçam situações minimamente equilibradas entre as diversas posições jurídicas de *stakeholders*;

(x) no âmbito da recuperação empresarial, deve ser admitida a limitação do poder do empresário em gerir a atividade: sob o enfoque da sociedade empresária, o controle societário deve ser exercido não mais segundo as perspectivas de interesse de seu titular, mas em atenção aos demais interesses em jogo, sobretudo daqueles que carecem de maior poder de barganha;

(xi) o problema da comutatividade das posições entre *stakeholders* não se limita às soluções e condições circunstanciais de recuperação da empresa, fruto da autonomia da vontade. Ao que tudo indica, a exigência de apresentação de certidão negativa de débitos tributários pelo devedor, a fim de que o juiz esteja apto a conceder a recuperação, parece afrontar a ordem de interesses estabelecida pelo art. 170, da C.F., vez que prioriza o interesse fazendário em detrimento de interesses dos demais *stakeholders*.