

Direção

Marla do Rosário Epifânio
José Manuel Branco

Revista de Direito da Insolvência

N.º 1, 2017

ÍNDICE

Abreviaturas 3

DOCTRINA

O penhor financeiro e a alienação fiduciária em garantia no processo de insolvência
ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS

Créditos Pré e Pós PER 60
DAVID SEQUEIRA DINIS, CONSTANÇA BORGES SACOTO

O âmbito subjetivo do incidente de qualificação da insolvência 77
JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES

Insolvência de pessoa casada num dos regimes de comunhão – sua articulação com o regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges. 106
MARIA JOÃO AREIAS

DIREITO COMPARADO

A crise da empresa. Um diálogo entre Brasil e Portugal. 124
CARLOS ALBERTO FARRACHA DE CASTRO

JURISPRUDÊNCIA

O Processo Especial de Revitalização no espaço de conexão da jurisprudência dos tribunais comuns e dos tribunais tributários. 146
ANABELA RUSSO, MARIA DE FÁTIMA REIS SILVA

Anotação ao Acórdão do STJ de 12 de outubro de 2015 (Pinto de Almeida) ... 179
MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO

Crónica de jurisprudência dos Tribunais da Relação (2015/2016) 194
NUNO LOUSA

Processo de insolvência e ações conexas – resenha jurisprudencial do STJ 2016 223
ANA PAULA BOULAROT

ESTATÍSTICAS COMENTADAS

Uma abordagem estatística ao fenómeno da insolvência: e tendências. Quem a pede e que respostas recebe do sistema judicial 245
evolução
JOSÉ MANUEL BRANCO

revista de direito da insolvência

Direito comparado

A Crise da Empresa. Um diálogo entre Brasil e Portugal

CARLOS ALBERTO FARRACHA DE CASTRO

Doutor UFPR. Professor Unibrasil. Advogado

O presente estudo tem por objetivo destacar alguns apontamentos sobre a temática envolvendo a crise da empresa, tendo como embasamento um diálogo entre Brasil e Portugal. Essa opção resulta não só por tradições históricas, culturais e a identidade da língua, como também pela influência do direito português no sistema jurídico brasileiro. Ademais, essas nações coirmãs enfrentam problemas econômicos semelhantes, agravados pela crise internacional, instaurada desde setembro 2008¹. A despeito desse malsinado cenário econômico a empresa se constitui como elemento indispensável para redução das desigualdades, uma vez que serve não só aos seus titulares, como a sociedade em geral.

¹ Nesse particular, como bem registra Miriam Leitão, “era noite de um lado e outro do Atlântico, apesar do fuso horário, quando ficou mais nervoso o tom nos telefonemas entre autoridades monetárias dos Estados Unidos e da Europa. Era 14 de setembro de 2008. Um domingo. De Nova York, o esguio e energético secretário do Tesouro americano Henry Paulson deu a pior notícia possível para os europeus: não salvaria o Lehman Brothers. O banco de 170 anos não abriria as portas no dia seguinte. Uma crise internacional devastadora começava com aquele telefonema. Ela levou o mundo a pensar no impensável: a repetição do colapso de 1929. Não repetiu 29, mas derrubou mercados no mundo inteiro e fez os governos jogarem 14 trilhões de dólares para manter em pé o sistema financeiro internacional. Isso equivale a um PIB dos Estados Unidos da época. Produziu a mais aflitiva e vasta crise em várias décadas. Foram feitas previsões terminais. (...) A maior seguradora americana, a AIG, despencava. O Citibank não estava nada bem. (...) Naquela noite de domingo, as autoridades europeias e americanas haviam ligado também para outros países para tentar antecipar que efeito global haveria na segunda-feira, dia 15, quando os mercados abrissem. Ligaram para o Brasil. (...) Uma avalanche desabaria sobre a economia global nos dias seguintes. Bolsas despencaram, o dólar disparou, governos salvaram bancos com dinheiro dos contribuintes e a maioria dos países do mundo mergulhou na recessão” (In. *Saga brasileiro: a longa luta de um povo por sua moeda*. Rio de Janeiro: Record, 2011. p.25/27).

É inegável que a empresa como atividade econômica organizada se constitui fonte inesgotável de riqueza, arrecadação de tributos, geração de empregos, entre outros benefícios, o que motivou Orlando Gomes, ainda no século passado, a dizer que a “transição da propriedade para a empresa é considerada uma revolução copernicana no direito privado”.²

Aliás, o exercício da atividade econômica possibilitou que o sistema jurídico anunciasse a criação da pessoa jurídica, como sujeito autônomo de direito, resultado do desenvolvimento da sociedade capitalista. Afinal, por intermédio da limitação da responsabilidade dos sócios/acionistas, inúmeros empreendimentos e negócios foram constituídos, uma vez que quem contratava com a sociedade, como sujeito autônomo de direito, sabia que a responsabilidade dos sócios era limitada ao aporte/investimento realizado. Em outras palavras, a responsabilidade do sócio não se confundia com a da sociedade. Pelo contrário, a pessoa jurídica (embora inicialmente uma ficção jurídica) se consolidou com um dos alicerces da sociedade capitalista³, ou seja, um dado concreto, uma realidade.

Sucedem que “a admissão do princípio da personalidade jurídica pelas sociedades ensejou a indivíduos desonestos, em proveito próprio, a sua utilização para a prática de atos fraudulentos ou com abuso de direito”.⁴ Surgiu, então, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. No início, a teoria era aplicada como exceção, depois expandiu-se com o intuito de garantir trabalhadores, consumidores, meio ambiente, dentre outros. No Brasil, converteu-se em inúmeros textos de lei. Esse tema, porém, exige outro estudo.

² GOMES, Orlando. *Novos Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.32

³ “A expansão do espírito capitalista ao mundo inteiro em poucos séculos fez com que a preocupação dominante com o ganho pecuniário tomasse conta de atividades que, tradicionalmente, viviam imunes a essa obsessão: as ciências, as artes, o esporte e o lazer em geral, as chamadas profissões liberais como a medicina e a advocacia, a atividade política e até mesmo a religião. (...) Na verdade, o “espírito” material do capitalismo – para usarmos a expressão consagrada de Max Weber – consiste, como Karl Marx bem advertiu, em tudo transformar em mercadoria: bens, ofícios públicos, concessões administrativas; e até pessoas, como os trabalhadores assalariados ou consumidores. Deparamo-nos, aí, com uma radical desumanização da vida. O capital, como valor supremo, é transformado em pessoa ficta, dita entre nós *pessoa jurídica*. (...) Não é, pois, por simples coincidência histórica se uma das principais criações do engenho mercantil capitalista é a sociedade anônima” (COMPARATO, Fábio Konder. In *A Civilização capitalista: para compreender o mundo em que vivemos*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.54-56)

⁴ RESTIFFE, Paulo Sérgio. In *Manual do Novo Direito Comercial*. São Paulo: Dialética. 2006, p.98

Pois bem. Independentemente da hipótese de desconsideração (ou não) da personalidade jurídica, é fato que a atividade empresarial envolve uma situação de risco, na qual alguns ganham e outros perdem, ainda que de boa-fé. Por óbvio, portanto, o fenômeno do insucesso das atividades não poderia passar despercebido pelo legislador, sob que pena de se instaurar um caos coletivo.

A crise da empresa, portanto, independentemente se exercida por uma pessoa singular ou jurídica, exige atenção especial do legislador. Surge, pois, o direito da insolvência. Alguns autores, a exemplo de Maria do Rosário Epifânio, sustentam que o direito da insolvência “abrange um conjunto de normas jurídicas de índole processual e, antes do mais, de ordem substantiva, que pertencem, no seu conjunto, e na sua essência, ao Direito Privado, e, dentro deste, ao Direito da responsabilidade patrimonial, pois por ele perpassam conceitos de autodeterminação e de auto-responsabilidade”.⁵ No Brasil, a questão ainda é tratada de modo mais tímido, mesmo por que nosso legislador, por ocasião do advento da vigente Lei de Recuperação de Empresas e Falência (Lei n.11.101/2005), perdeu a chance de unificar, em definitivo, o sistema jurídico da insolvência, sepultando a vetusta distinção entre devedor empresário e não empresário⁶. De um modo ou de outro, não

⁵ EPIFÂNIO, Maria do Rosário. In *Manual de Direito da Insolvência*. Coimbra: Edições Almedina S.A., 5.ª Ed., 2013, p.13-14

⁶ Aliás, sobre essa temática, em outra oportunidade, fizemos o seguinte registro: “A Lei 11.101/05 (LREF) entendeu por bem em afastar do âmbito de sua aplicação as sociedades não empresariais. Ao que tudo indica o legislador brasileiro, assim o fez (embora, na nossa ótica, de modo totalmente errôneo), com o intuito de adaptar a Lei 11.101/05 ao Código Civil Brasileiro. Afinal, no tocante as cooperativas, o Código Brasileiro, estabelece à qualidade jurídica (simples) pela forma e não, pelo exercício da atividade (objeto). Todavia, nesse particular, há que se registrar a infelicidade do legislador, uma vez que, agindo, como agiu, afastou as sociedades cooperativas do âmbito da Lei n.11.101/05, que trata da recuperação de empresas e falências, dificultando, pois, sua preservação em caso de dificuldades econômicas e financeiras, uma vez que não poderá se socorrer da utilização dos mecanismos judiciais previstos nesse diploma legal. Melhor seria que o legislador tivesse sujeito as cooperativas aos efeitos da Lei 11.101/05, ainda que para tanto, fosse indispensável revogar, nesse particular, o parágrafo único do art.982 do Código Civil brasileiro. Inexorável, pois, que o legislador brasileiro perdeu uma chance ímpar de unificar, no texto de lei infraconstitucional, o regimento jurídico nacional das insolvências. Nada impede, porém e felizmente, que em um futuro próximo a matéria seja examinada pelo Supremo Tribunal Federal, afastando a dicotomia imposta pela Lei 11.101/05, por manifesta ofensa aos princípios norteadores na ordem econômica na Cons-

se pode mais ignorar a autonomia do Direito da Insolvência face aos demais ramos do direito, ainda que possua nítido caráter transversal, abrangendo normas de diversas índoles, o que levou Carvalho de Mendonça, desde há muito, consignar que não se restringe aos domínios do direito comercial, e sim “penetra nos do direito público, do direito civil, do direito internacional público e privado, do direito criminal, do direito judiciário, em cada um dos quais vai buscar regras, preceitos e ensinamentos, tendo, muitas vezes, de modificá-los, a fim de adaptá-los ao grande meio de execução coletiva, que trata de organizar”⁷

Nesse cenário, o presente estudo abordará temas relacionados ao direito da insolvência, dentre os quais, os (i) a crise da empresa, e por via de consequência (ii) os princípios essenciais do direito da insolvência.

Por óbvio, não se pretende esgotar a matéria, mas tão somente realçar a importância do debate dessas questões relevantes na atual sociedade contemporânea, ainda que venham a ser consideradas utópicas ou imprecisas por alguns doutos⁸. Todavia, no mínimo, servirá para destacar a importância dessa temática com o intuito de consolidar a concretização de uma sociedade mais justa e igualitária.

II. Princípios Básicos do Direito da Insolvência

Com efeito, o Direito Comercial, desde há muito, passou a ser visualizado como sendo o Direito das Empresas. Diversos juristas⁹ defendem a ideia de que o Direito Comercial é o Direito das Empresas, dentre os quais, Tullio Ascarelli, Joaquim Garriguez, J. Escarra, J. Hamel. O novo Código Civil brasi-

tituição Federal (art.170 e ss.)” (FARRACHA DE CASTRO, Carlos Alberto. in *Manual de recuperação de empresas & falência*. Curitiba: Juruá. 2013 p.37/38)

⁷ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 1.ª Ed. Rio de Janeiro. Vol. 7.º n.34.

⁸ Afinal, como sustenta o Professor Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, o “o discurso jurídico não pode (não deve) ser simplista nem escolástico; o direito não é (não deve ser) ciência de unilateralidades nem de opiniões ditadas e consagradas por qualquer autoridade. Daí impor-se o diálogo intertextual, o discurso problematizador, o confronto de idéias e experiências, a crítica” (in *Curso de Direito Comercial*, 6.ª Ed., Coimbra: Almedina. 2008, v.I, VI)

⁹ LOBO, Jorge. A empresa: novo instituto jurídico. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: Malheiros, v. 41, n.125, p. 32, jan./mar. 2002.

leiro, instituído pela Lei 11.406/02, reforçou essa tendência. Afinal, ao dedicar ao seu Livro II, o estudo do “Direito de Empresa”, consagrou a adoção da teoria da empresa no ordenamento brasileiro, divulgada e adotada pelo legislador italiano¹⁰.

A empresa, portanto, constitui-se na base do Direito Comercial contemporâneo¹¹, realçando, pois, a problemática jurídica de entendê-la, suscitando, portanto, fervorosos debates e teorias¹², o que levou Jorge Lobo a registrar que essa polêmica é interminável¹³. Não obstante, alguns autores, como Sérgio Campinho¹⁴ e Luiz Antonio Soares Hentz¹⁵, consideram a empresa como objeto de direito, sob o argumento de que “não concebe o Direito brasileiro a personificação da empresa”¹⁶. Outros, dentre os quais Fábio

Tokars¹⁷ e Rubens Requião¹⁸, definem a empresa como mera abstração, justificando essa tomada de posição na explicação de que “o conceito de empresa se firma na idéia de que é ela o *exercício da atividade produtiva*. E do exercício de uma atividade não se tem senão uma ideia abstrata”¹⁹.

Essa controvérsia, aliás, atravessa as fronteiras. A evolução histórica demonstra que a tradição germânica enfatizava a empresa como uma realidade objetiva, apta a substituir a noção de estabelecimento. Na Itália, partiu-se da ideia da empresa como atividade comercial²⁰. Alberto Asquini²¹, por sua vez, esclareceu com bastante profundidade o assunto quando trouxe a comunidade jurídica a opinião de que a empresa deve ser compreendida por intermédio dos seus perfis, isto é, subjetivo, funcional, patrimonial e corporativo.

A doutrina portuguesa, do mesmo modo, não possui uma dogmática uniforme, o que motivou Antonio Menezes Cordeiro a consignar que a empresa, na experiência portuguesa, “é uma locução disponível para o legislador, sem se embaraçar com uma técnica jurídica precisa”^{22/23}. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, por sua vez, consignou que a “empresa em sentido objetivo é a unidade jurídica fundada em organização de meios que constitui um instrumento de exercício relativamente estável e autónomo de uma atividade de produção para a troca”²⁴, para, na sequência, “definir o direito das empresas,

¹⁰ Observe-se, porém, que o Código Civil Brasileiro não se limita a reproduzir o texto de lei do Código Civil italiano, em que pese adotá-lo como grande referencial. Na verdade, apresentam-se diferenças não só históricas (*i.e.*, períodos em que foram editados), como também sistemáticas e metodológicas, dentre as quais destaque-se que o Código Civil italiano não possui uma parte geral a exemplo do que sucede com o nosso Código Civil, sem prejuízo de que a matéria atinente à empresa encontra-se inserida no Livro V, que trata do trabalho, enquanto no Brasil a questão trabalhista é tratada preferencialmente pela legislação extravagante, destacando-se aqui a vetusta Consolidação das Leis do Trabalho.

¹¹ “O fenômeno da empresa é recente na história econômica e social da atividade humana. E, no entanto, o mundo de hoje seria incompreensível sem a onipresença da empresa que ocupa, praticamente, todos os espaços na vida do homem moderno. Com efeito, dependemos da empresa para o nosso trabalho, e nosso lazer, para nos transportarmos e nos comunicarmos, para a produção de alimentos ou de mobiliário, e vestuário, para defesa de nossa saúde, para a habitação, para a produção de toda essa parafernália de utilidades empregadas no dia-a-dia do homem moderno. Numa palavra, para o progresso econômico e a conquista do bem-estar social. (E pensar que o homem habita a terra há milênios, e que só há, apenas, duzentos anos organizou-se a produção sobre forma empresarial!)” (LAMY FILHO, Alfredo. *A Empresa – Formação e Evolução – Responsabilidade Social...*, p. 1)

¹² Sobre o tema, dentre outros, ver: DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Manual Jurídico da Empresa*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Da Empresarialidade* (As Empresas no Direito). Coimbra: Almedina, 1996; HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Direito de Empresa no Código Civil de 2002: teoria geral do direito comercial de acordo com a Lei n. 10.406 de 10.1.2002*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

¹³ LOBO, Jorge. *A empresa: novo instituto jurídico...*, p. 29-40.

¹⁴ CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 9.

¹⁵ HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Op. cit.*, p. 8.

¹⁶ CAMPINHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 9.

¹⁷ TOKARS, Fábio Leandro. *Função Social da Empresa*. In: RAMOS, Cármen Lúcia Silveira (Coord.). *Direito Civil Constitucional: situações patrimoniais*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 77 e ss.

¹⁸ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 57.

¹⁹ *Idem*, p. 59.

²⁰ CORDEIRO, Antonio Menezes. *Manual de Direito Comercial*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 207 e ss.

²¹ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 104, p. 110-126, out./dez. 1996. Tradução e notas Fábio Konder Comparato.

²² *Idem*, p. 226.

²³ Talvez por esses motivos que Waldirio Bulgarelli, quando se propôs a analisar a atividade negocial no projeto de Código Civil Brasileiro, fez questão de lembrar “a advertência de Roscoe Pound, que mencionava o caso de um conferencista que se propusera desvendar o segredo da filosofia de Hegel e que ao término de sua palestra, foi vivamente cumprimentado pelos ouvintes, justamente por ter logrado mantê-lo indecifrável”. (BULGARELLI, Waldirio. A atividade negocial no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: Malheiros, n. 56, p. 113, out./dez. 1984)

²⁴ COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. In *Da Empresarialidade (As empresas no Direito)*. Coimbra: Livraria Almedina. 1996. p.304

muito simplesmente, como a disciplina científica que procura identificar as empresas e estuda os problemas por elas suscitados”²⁵

Essa interminável polêmica envolvendo a definição da empresa, contudo, não só extrapola o âmbito desse estudo, como não é seu objetivo enfrenta-la. Todavia, é inegável que a crise da empresa acarreta inúmeros danos e efeitos para a sociedade em geral. Destarte, como a temática em exame envolve o direito da insolvência, por questão didática adotaremos para efeito de empresa (correta ou não) a definição de empresa, consignada no artigo 5º. do CIRE²⁶, que considera “empresa toda a organização de capital e trabalho destinada ao exercício de qualquer atividade econômica”.

Sucedem que o desenvolvimento da atividade econômica exige um ambiente com segurança jurídica, para que o empresário possa desempenhar suas atividades, gerando, pois, empregos, receitas e, por via de consequência, desenvolvimento social. Mesmo assim, não se pode olvidar que o “empreendedor deve ter ciência dos riscos inerentes a qualquer atividade econômica após a constituição regular da entidade e ingresso efetivo no mercado competitivo”²⁷ e, por óbvio, a insolvência, isto é, o não cumprimento de suas obrigações no prazo fixado pode gerar prejuízos a todos os envolvidos sucessivamente, nada impedindo graves danos a economia em geral. Portanto, para que uma economia se sustente indispensável que as obrigações assumidas por seus agentes venham a ser adimplidas, sob pena de danos irreversíveis²⁸, em que pese para alguns²⁹ qualquer negócio por mais sólido que possa parecer, em algum

momento sucumbirá. Aqui, pois, surge a importância e a necessidade do Direito da Insolvência, cujos princípios³⁰ fundamentais são a (i) a preservação do crédito e a (ii) igualdade, sem prejuízo de outros de fundamental relevância³¹, a exemplo da preservação da empresa.

mente não teve sorte, tomou decisões erradas ou não soube enfrentar os novos desafios de uma conjuntura em rápida transformação. Na realidade, conforme ensina o economista austríaco Joseph Schumpeter, famoso por ter cunhado a expressão “destruição criadora”, quase todos os negócios, por mais fortes que sejam em um dado momento, acabam falindo e quase sempre pela dificuldade em inovar. A mortalidade das empresas que compõem tanto o índice Dow Jones quanto o Ibovespa, quando considerados períodos mais longos, é uma eloquente demonstração dessa cruel fatalidade. Portanto, pode acontecer com qualquer um, e geralmente a pessoa de bem encara essa experiência com humildade, quase como penitência a ser cumprida” (FRANCO, Gustavo Henrique Barroso. *As leis secretas da economia: revisitando Roberto Campos e as leis do Kafka*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p.95)

³⁰ A eleição dos princípios aqui destacados, cuida-se opção metodológica exclusiva do autor; com o intuito de elucidar os fundamentos do direito da insolvência. Nada impedindo, portanto, que outro autor escolha dezenas de princípios ou mesmo um único. Em outras palavras, cuida-se de opção didática, com o intuito de enfrentar e esclarecer a temática. Essa situação não é exclusiva do direito de insolvência. Para tanto, basta destacar o que sucede com outros ramos do direito, como a temática dos efeitos da posse, que nada mais são as consequências que a lei lhe atribuir. Todavia, o jurista Savigny, após enumerar setenta e dois efeitos da posse, reduziu a dois efeitos, ou seja, usucapião e o direito de invocar interditos. Silvio Rodrigues, por sua vez, elegeu cinco princípios fundamentais: I. a proteção possessória; II. a percepção dos frutos. III. A responsabilidade pela perda ou deterioração da coisa; IV. a indenização por benfeitorias e o direito de retenção para garantir seu pagamento. V. usucapião. A respeito dessa matéria, dentre outros, ver: BARROS MONTEIRO, Washington de. *Direito das Coisas*. São Paulo. Editora Saraiva, p.46. RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. v.5 Direito das Coisas*, São Paulo: 1985-1986, pg. 52 e segts.

³¹ O presente texto entende que a ordem jurídica constitui uma unidade sistemática, cuja estrutura das normas jurídicas (gênero) que compõem o ordenamento são de duas espécies: princípios e regras. Nesse particular Paulo BONAVIDES (in *Curso de Direito Constitucional*, 5.ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p.260) bem enfatiza que “as regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regime, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.” Os princípios, destarte, servem para orientar a interpretação e a aplicação de toda e qualquer norma, tanto que Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (in *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 1995, p.545), com sua peculiar precisão, enfatiza: “violado um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos”. Inegável, pois, que os princípios desempenham papel de fundamental importância na interpretação do direito falimentar, posto que o instituto da falência é de extrema complexidade.

²⁵ COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel, *ob.cit.*, pg.306.

²⁶ Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas. Artigo. 5º: Para efeitos deste Código, considera-se empresa toda a organização de capital e de trabalho destinada ao exercício de qualquer atividade econômica”

²⁷ CLARO, Carlos Roberto. In *Recuperação Judicial: sustentabilidade e função social da empresa*. São Paulo: LTr, 2009. p.49;

²⁸ No mesmo sentido, a opinião de Alexandre de Soveral MARTINS: “para que a economia respire saudavelmente, necessário é que as dívidas vão sendo pagas. Dessa forma, os credores podem pagar também aos seus credores e assim sucessivamente. Uma interrupção neste circuito pode gerar consequências em cadeia. Os diversos intervenientes, se não cobram, não conseguirão muitas vezes pagar o que devem e daí pode resultar uma série de insolvências, com graves prejuízos para a economia de um país” (in *Um Curso de Direito da Insolvência*. 1.ª Ed. Coimbra: Edições Almedina. 20165.p.13)

²⁹ “A quebra de um banco ou empresa, exceto quando se trata de um dos grandes, é um fato empresarial normal que, em tese, nada tem a ver com a picaretagem, fraude, crime contra a economia popular, gestão temerária, essas coisas. Gente séria pode quebrar porque simples-

II.1. Preservação do Crédito.

Muito já se escreveu sobre a insolvência³². Todavia, para entendê-la adequadamente é indispensável saber qual seu objetivo, isto é, por que o legislador prevê e tutela a insolvência.

Pois bem. O crédito é o combustível da atividade mercantil³³, uma vez que enseja a circulação de riquezas, inclusive e principalmente por operações de crédito, as quais ampliam o universo e facilitam o exercício daquela³⁴. O crédito, destarte, revelou-se elemento nuclear do crescimento, “ajudando a realizar o pleno emprego através do aumento da procura, e o desenvolvimento econômico pela criação de novos capitais”³⁵

Crédito e confiança, portanto, estão diretamente ligados. Afinal, aquele que possui crédito, inexoravelmente, possui prazo para pagar, e se detém prazo é porque merece confiança.

A ruptura do crédito, motivada pelo não pagamento no prazo prometido, cria verdadeira desconfiança que, se não for reparada imediatamente, ocasiona uma instabilidade do comércio geral. Daí o nascimento da insolvência, a qual se destina a reprimir a utilização anormal do crédito, uma vez que exerce a tarefa regular juridicamente a eliminação do mercado do empresário que não utilizou adequadamente o crédito que lhe foi concedido e não possui condições econômico-financeiras de reverter esse quadro de insolvência.

Percebe-se, então, que a insolvência “é o efeito da função anormal do crédito”³⁶, ou seja, decorre do mau funcionamento do crédito, sendo que sua

tutela jurídica serve preservar a credibilidade da sociedade no mercado³⁷. Ou seja, declarando insolvente o sujeito que utiliza o crédito defeituosamente, estar-se-á obstando que os efeitos desses atos alcancem outros que ainda o possuem. Logo, o crédito, isto é, a confiança no mercado continuará preservada. Sem o instituto da insolvência, portanto, multiplicar-se-iam os “maus pagadores” causando repercussão negativa direta em todos os setores da econômica.

Por óbvio, outrossim, que o desenvolvimento da atividade mercantil, com a ampliação do crédito, fez com que os credores ao financiarem (concedessem crédito) outrem, acabassem por partilhar os riscos dessa atividade³⁸, o que reforça a importância do princípio em análise.

Revela-se notório, portanto, que o instituto da insolvência gravita na proteção ao crédito, o qual estará tutelado sempre que o processo de insolvência ou recuperacional: (i) assegurar que a análise prospectiva da empresa (elemento central da decisão dos credores) não se encontra desvirtuada, (ii) evitar novos endividamentos da unidade de produção e (iii) reduzir os prejuízos dos credores.³⁹

³⁷ Sobre o crédito público pertinente a observação de Walter T. ÁLVARES (*in Curso de Direito Falimentar*. 7.ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A. 1979, p.28) “o crédito público não é mecanismo, mas a atmosfera de sua realização. É o meio onde se praticam inter-relacionamentos de créditos privados. É o espaço-tempo da realização das operações de crédito privado. É o envoltório e a cobertura das operações particulares. É o oceano onde navegam e se inter cruzam as naveas dos créditos privados. O instituto da falência visa substancialmente à proteção ao crédito público e, por conseqüência, ao amparo ao crédito privado. Não é um instituto que vise a equacionar basicamente os interesses das partes, isto é, credores e devedores, mas esses interesses são protegidos, ao ser resolvido o interesse do crédito público em não sofrer perturbação pela ocorrência de alguma operação anormal do crédito privado. Neste particular aproxima-se do Direito Tributário, sabido que este visa ao interesse público, e basicamente do Estado no exercício do direito. A diferença está em que o instituto da falência harmoniosamente sincroniza as duas ordens de interesse. Daí decorre que o instituto falimentar é, basicamente: a) preventivo e subsidiariamente repressivo, coibindo os resultados anômalos de operações de crédito; b) eminentemente publicístico.

³⁸ Talvez por esse motivo o provérbio norte-americano: “Se você deve ao banco 100 mil dólares, o banco controla você. Se você deve ao banco 100 milhões de dólares, você controla o banco”.

³⁹ Sobre o assunto, dentre outros, ver: BEBCHUK, Lucian. *A New Approach to Corporate Reorganization*. In. *Corporate Bankruptcy: Economic and Legal Perspectives*. ed. J.S. Bhandari and L.A.Weiss editors. Cambridge: Cambridge University Press. 1996, 370-371, HART, Oliver. *Firms Contracts and Financial Structure*. Oxford: Oxford University Press. 1995, p.159/160;

³² A respeito, dentre outros, ver: ROSÁRIO EPIFÂNIO, Maria do. *Manual de Direito da Insolvência*. 5ed. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2013; SOVERAL MARTINS, Alexandre de. *Um Curso de Direito de Insolvência*. Coimbra: Edições Almedina S.A, 2015.

³³ Ou na expressão de Alexandre Soveral MARTINS, “é o crédito o <oxigênio da economia>” (ob.cit., pg.13)

³⁴ A respeito, dentre outros, ver: SANTOS, Paulo Penalva. *Falência requerida pela fazenda pública*. Doutrina/coordenação James Tubenchlak, Rio de Janeiro : Instituto de Direito, 1997, v. 4, p.402.

³⁵ ALMEIDA, Fernando de e SOUSA, Fernando de. Ob. cit, p.7

³⁶ CARVALHO DE MENDONÇA, J.X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1963. v. 7:8, n.º 3.

Por óbvio, outrossim, que o desenvolvimento do direito da insolvência com a substituição do caráter punitivo pela possibilidade de, observado o caso concreto, preservação ou recuperação da empresa, propiciou novas formas de visualização e interpretação do princípio da preservação do crédito, sem, contudo, abandonar sua função essencial, conforme aqui destacado.

II.2. Igualdade

Quando um sujeito o apresenta indícios de insolvência, como protelar o pagamento da obrigação assumida, o mercado, em regra, entra em estado de apreensão. Os credores passam a vigia-lo de forma direta, sendo que hodiernamente a maioria dos credores adota medidas acautelatórias, judiciais ou não, como as consultas aos organismos de restrição ao crédito, dentre os quais a Serasa-Experian. Constatadas as dificuldades financeiras e/ou econômicas⁴⁰, os credores mais ágeis e astutos, de imediato procuram guarida

ROE, Mark. *Bankruptcy and Debit: A New Model for Corporate Reorganization*. In. *Corporate Bankruptcy: Economic and Legal Perspectives*. ed. J.S. Bhandari and L.A.Weiss editors. Cambridge: Cambridge University Press. 1996, 351/369.

⁴⁰ Importante aqui destacar a diferença entre crise econômica e crise financeira, sendo que para tanto, fazemos nossas as palavras do ilustre Professor. Fábio Ulhoa COELHO (in *Curso de Direito Comercial*, São Paulo: Saraiva, 2000, v.3, p.211): “Por crise econômica deve-se entender a retração considerável negócios desenvolvidos pela sociedade empresária. Se os consumidores não mais adquirem igual quantidade de produtos ou serviços oferecidos, o empresário varejista pode sofrer queda de faturamento (não sofre, a rigor, só no caso de majorar seus preços). Em igual situação está o atacadista, o industrial ou o fornecedor de insumos que vêem reduzidos os pedidos dos outros empresários. A crise econômica pode ser generalizada, segmentada ou atingir especificamente uma empresa; o diagnóstico preciso do alcance do problema é indispensável para a definição das medidas de superação do estado crítico. Se o empreendedor avalia estar ocorrendo retração geral da economia, quando, na verdade, o motivo da queda das vendas está no atraso tecnológico do seu estabelecimento, na incapacidade de sua empresa competir, as providências que adotar (ou que deixar de adotar) podem ter o efeito de ampliar a crise em vez de combatê-la. A crise financeira revela-se quando a sociedade empresária não tem caixa para honrar seus compromissos. É a crise de liquidez. As vendas podem estar crescendo e o faturamento satisfatório – e, portanto, não existir crise econômica –, mas a sociedade empresária ter dificuldades de pagar suas obrigações, porque ainda não amortizou o capital investido nos produtos mais novos, está endividada em moeda estrangeira e foi surpreendida por uma crise cambial ou o nível de inadimplência na economia está acima das expectativas. A exteriorização jurídica da crise financeira é a impontualidade. Em

judicial, de modo a receber seus haveres com os bens integrantes do patrimônio do devedor. Tais medidas possibilitam, entretanto, que apenas um ou alguns dos credores obtenham garantias para o recebimento dos respectivos créditos, deixando os demais credores desamparados.

Por outro lado, não se pode deixar de registrar que inúmeras vezes, quando os empresários começam a não honrar as suas obrigações, passam a eleger alguns credores aos quais pagarão, deixando os demais sem o recebimento devido. A atividade empresarial revela que essa eleição, infelizmente, é feita por intermédio de critérios aleatórios, como parentesco entre credor e devedor, arbítrio ou liberalidade do devedor, poder econômico do credor, dentre outros.

Ambas as situações fáticas demonstram que quando ocorre o desequilíbrio patrimonial nem todos os credores conseguem obter o cumprimento exato da obrigação assumida pelo empresário insolvente. Para evitar a desigualdade dos credores, surge o instituto da falência, também conhecida como insolvência, liquidação judicial, execução extraordinária ou coletiva.

Assim, como escreve Paulo Roberto Colombo Arnoldi, a falência é “um sistema de liquidação do patrimônio do devedor qualificado com o fim de dividi-lo em partes iguais por todos aqueles que tenham direito (*par conditio creditorum*). Tal princípio (igualdade de condições dos credores) significa dizer que, ressalvadas as preferências impostas por lei, todos os credores têm direitos iguais”⁴¹.

Desta forma, denota-se que o princípio da igualdade dos credores se constitui também, em um dos pilares do direito da insolvência, no qual deve se pautar a atividade desenvolvida pelo operador do direito dessa seara.

É da tradição do direito falimentar brasileiro, no entanto, estatuir preferências entre os credores, o que poderia, em tese, consubstanciar ofensa ao princípio constitucional da igualdade, positivado no artigo 5º. da Consti-

geral, se a sociedade empresária não está também em crise econômica e patrimonial, ela pode superar as dificuldades financeiras por meio de operações de desconto em bancos das duplicatas ou outros títulos representativos de créditos derivados das vendas ou contraindo mútuo bancário mediante a outorga da garantia real-sobre bens do ativo. Se estiver elevado o custo do dinheiro, contudo, essas medidas podem acentuar a crise financeira, vindo a comprometer todo os esforços de ampliação de venda e sacrificar reservas imobilizadas.”

⁴¹ ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. *Falências e Concordatas*. 2.ª ed. São Paulo: LED – Editora de Direito Ltda. 1999, p. 41.

tuição Federal. Sucede, porém, que a correta interpretação do princípio da igualdade reside exatamente em ofertar tratamento desigual para os desiguais, o que – aliás – se coaduna com uma das funções da falência, caso contrário somente os credores mais poderosos poderiam receber algo.

“No Direito, o princípio isonômico tem dupla aplicação: teórica, como repulsa a privilégios injustificados; e prática – como igualizador – ajudando na diminuição dos efeitos das desigualdades reveladas no caso concreto. A igualdade, desta forma, é a ponte entre o direito e a realidade que lhe é subjacente. Os desiguais devem ser tratados desigualmente, mas com o sentido de diminuir as desigualdades”⁴²

Portanto, a função jurídica do princípio da igualdade é corrigir as distorções existentes no mundo real, minorando, pois, o descompasso existente entre o texto de lei e a realidade empresarial. Nesse sentido, precedente extraído da jurisprudência portuguesa, notadamente do Tribunal da Relação de Coimbra, “o princípio constitucional da igualdade não tem por escopo uma purificação simplista, mas apenas conseguir que se trate como igual o que está de facto, no mesmo plano”⁴³

É que bem verdade que em certos países, a exemplo da Alemanha, inexistente enorme divergência entre a natureza dos créditos⁴⁴. Ocorre que à formação sócio-econômica e cultural daquele País é totalmente distinta da luso-brasileira, o que – no mínimo – justifica a divergência existente. No Brasil, “a igualdade preconizada não é aquela que trata todos os credores igualmente, mas a que trata de forma homogênea todos os credores de uma

mesma classe. Estes podem concorrer entre si, mas não com os da outra classe, posto existir uma ordem de satisfação dos créditos”⁴⁵

II.3. Outros Princípios. Preservação da Empresa

A consolidação da empresa como um dos pilares da sociedade, por óbvio, repercutiu no direito da insolvência, o qual migrou de uma visão eminentemente liquidatária punitiva para um viés de reorganização e saneamento do negócio, desde que à crise econômico financeira venha a ser reversível. Consolida-se, pois, o princípio da preservação da empresa no direito da insolvência.

Nesse particular, não se pode deixar de mencionar que a Constituição Federal Brasileira de 1998 instaurou uma ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, observada a função social da propriedade e a busca do pleno emprego⁴⁶, embora não deva ser interpretada literalmente, mas, sim, de forma sistemática, observando e concretizado o enunciado elencado no artigo 1.º, IV e no artigo 3º. I, ambos da Constituição que dispõe: “Art.1º. A república Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: ... IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Art.3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária”⁴⁷.

⁴⁵ FRANCO, Vera Helena de Mello e SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.42.

⁴⁶ Art.170 da CF: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) III – função social da propriedade; (...) VIII – busca do pleno emprego.

⁴⁷ Nesse sentido, a lição de Raul MACHADO HORTA: “A Ordem Econômica e Financeira não é ilha normativa apartada da Constituição. É fragmento da Constituição, uma parte do todo constitucional e nele se integra. A interpretação, a aplicação e a execução dos preceitos que a compõem reclamam o ajustamento permanente das regras da Ordem Econômica e Financeira às disposições do texto constitucional que se espriam nas outras partes da Constituição. A Ordem Econômica e Financeira é indissociável dos princípios fundamentais da República Federativa e do Estado Democrático de Direito. Suas regras visam atingir os objetivos

⁴² PORTANOVA, Rui. *Princípio Igualizador*. In Revista AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Vol.62, nov/1994, p.280

⁴³ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 17.04.2007, Agravo 65/63. In Cadernos de Direito Privado. Publicação Trimestral do CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, Braga: Portugal, Outubro/Dezembro 2008, p.43 e ss.

⁴⁴ A Lei de Insolvência Alemã (*Insolvenzordnung InsO*) de 05 de outubro de 1994, em vigência desde 01.01.1999, por intermédio do seu artigo 38 dispõe que “a massa insolvente se destina a satisfação dos credores pessoais que, no período de abertura de processo insolvência têm direito de crédito comprovado perante o devedor (credor da insolvência)”. Mesmo assim, registre-se que por força do artigo 49 do mesmo Diploma Legal, “os credores titulares de direito de bens imóveis com garantia real, sujeitos à execução singular, estão autorizados a obter satisfação separada conforme a Lei de Alienação e Administração Forçada”.

A Constituição da República Portuguesa, que serviu como subsídio ao legislador constituinte brasileiro, também, é baseada na dignidade da pessoa humana, buscando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, estabelecendo, inclusive, como tarefa do Estado assegurar a plena utilização das forças produtivas, como orientar o desenvolvimento econômico social, buscando um crescimento equilibrado em todos os setores e regiões⁴⁸, sem olvidar de assegurar o funcionamento eficiente dos mercados. Em verdade, ambas apresentam vastos códigos normativos⁴⁹.

Destarte pode-se concluir que o princípio da preservação da empresa foi erigido a princípio constitucional, ainda que implícito⁵⁰. Afinal, não se pode

fundamentais que a Constituição colocou na meta constitucional da República Federativa. A Ordem Econômica e Financeira é, por isso, instrumento para construção de uma Sociedade livre, justa e solidária. É a fonte das normas e decisões que permitirão à República garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (in *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte. Del Rey, 1995, p.301)

⁴⁸ Art.1.º, Art.9.º “d” e art. 81, “d” e “e” da Constituição da República Portuguesa, dentre outros.

⁴⁹ Nesse sentido: MOREIRA, Vital. *O Futuro da Constituição*, -pg.314 e sgts. In *Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides* (organizadores: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho). São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

⁵⁰ Como exemplo de princípio constitucional implícito pode-se destacar o princípio da proporcionalidade. Sobre o tema Paulo BONAVIDES (in *Curso de Direito Constitucional*. 5ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p.395.) assevera que “no Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de Direito”. E, após demonstrar que a idéia do princípio da proporcionalidade pode ser extraída das normas positivadas no Art.5.º, V, X e XXV, art.7.º-IV, V e XXI, art.174, par.1.º dentre outros, ressalta o renomado constitucionalista (obra citada, p.396) que o princípio da proporcionalidade: “é na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral de direito, apto a acautelar do arbítrio do poder o cidadão e toda a sociedade, que se faz mister reconhecê-lo, já implícito e, portanto, positivado em nosso Direito Constitucional”. Ainda sobre o tema é oportuno relembrar o alerta proveniente do Direito Comparado, extraído da pena de J.BAPTISTA MACHADO (in *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. 11.ª reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p.163/164), no sentido de que os princípios jurídicos “são exigências feitas a todo e qualquer ordenamento jurídico se este quer ser coerente com a sua própria pretensão de legitimidade e validade, são transcendentês às decisões positivadoras

falar em busca do pleno emprego ou assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, sem propiciar a preservação da empresa, que, por sua vez, “interessa ao Direito e à Economia, pela proteção que oferece à continuidade dos negócios sociais”⁵¹. Afinal, o exercício da atividade empresarial é a fonte de tributos e empregos. Ou seja, sem preservação da atividade empresarial inexistem emprego e funcionamento eficiente dos mercados, razão pela qual não há como se valorizar o trabalho, motivo por que a pretensão do legislador constituinte ficaria reservada ao seu imaginário.

A preservação da empresa como princípio constitucional, porém, não deriva exclusivamente do princípio da busca do pleno emprego (CF/88, art. 170, VIII) e funcionamento eficiente dos mercados (Constituição Portuguesa, art.81, “d” e “e”); mas também, do fato de que ambas Constituições, dentre os princípios gerais da atividade econômica, estabelece a função social da propriedade, o que não tolera a extinção de empresas produtivas, sob pena de não atender aos interesses coletivos, mas, tão-somente, aos individuais e patrimoniais dos seus titulares.

A preservação da empresa como princípio constitucional, também, pode ser visualizada a partir da desmaterialização da riqueza⁵², resultado da fun-

do legislador e por isso mesmo são válidas de per si num Estado de Direito porque representam postulações eliciadas da própria “ideia de Direito”. Vinculam o próprio legislador constituinte, como a gramática vincula o uso da linguagem: pois aquele legislador, colocando as suas decisões normativas sob o signo da justiça na medida em que pretende que elas sejam justas e válidas por fundadas em princípios regulativos superiores e não apenas numa sua decisão arbitrária e contingente, se tem de submeter à lógica dos princípios legitimadores de que se reclama. Consequentemente, são princípios que não podem ser derogados sem perversão da própria ordem jurídica e do “sentimento jurídico” da comunidade, sem perda do fundamento de legitimidade e, portanto, da validade por parte das leis que os desrespeitem. Por outro lado, são princípios universais de direito, por imporem as suas exigências a todo e qualquer ordenamento jurídico. Entre esses princípios está desde logo (no Estado moderno) o princípio democrático que atribui o poder constituinte ao povo e princípios materiais que impõem limites ao exercício desse poder, e bem assim limites à competência das maiorias, em nome do respeito as minorias ou seja, em último termo, em nome da “dignidade da pessoa humana” e, consequentemente, em nome do respeito dos direitos e liberdades fundamentais”.

⁵¹ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 199.

⁵² “Com o progredir do modo capitalista, com o multiplicar-se e complicar-se das relações econômicas, abre-se um processo que poderemos definir como de mobilização e desmaterialização da riqueza, a qual tende a subtrair o direito de propriedade (como poder de gozar

ção social da propriedade, o que levou Enzo Roppo a consignar que “parece ser o contrato, e já não a propriedade, o instrumento fundamental de gestão dos recursos e de propulsão da economia”⁵³, mesmo porque, “no presente, o processo econômico é determinado e impulsionado pela empresa, e já não pela propriedade”⁵⁴.

Ora, se a empresa consubstancia a noção contemporânea da propriedade, por força de princípio constitucional, deve atender a uma função social, isto é, gerar benefícios não só aos seus titulares, mas também a terceiros, isto é, aos trabalhadores, fornecedores, consumidores e ao próprio Estado (em razão do interesse de recolher tributos do exercício daquela atividade econômica organizada). Assim procedendo, a Constituição Federal “levou em conta a propriedade, considerada sob o aspecto econômico, mas com evidentes reflexos sociais, que abrangem, primordialmente, a empresa, como atividade organizadora que é da propriedade em fase dinâmica, nesta reconhecida, como meio de produção”⁵⁵. Conclui-se, destarte, que o legislador constituinte defende a preservação da empresa; em caso contrário, não existiria função social concreta e, muito menos, haveria o desenvolvimento de atividade produtiva, com reflexos sociais, como a geração de empregos.

O estudo da ordem econômica⁵⁶, portanto, também se funda no princípio da preservação da empresa, que, por sua vez, contribui para a concretização dos demais direitos fundamentais, sendo que nunca é demais lembrar que

e dispor, numa perspectiva estática, das coisas materiais e especialmente de bens imóveis) a sua supremacia entre os instrumentos de controle e gestão da riqueza. Num sistema capitalista desenvolvido, a riqueza de facto não se identifica apenas com as coisas materiais e com o direito de usá-las; ela consiste também e sobretudo, em bens imateriais, em relações, em promessas alheias e no correspondente direito ao comportamento de outrem, ou seja, a pretender de outrem algo que não consiste necessariamente numa *res* a possuir em propriedade.” (ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998. p. 64)

⁵³ ROPPO, Enzo. *Op. cit.*, p. 66.

⁵⁴ *Idem*, p. 67.

⁵⁵ SOUSA, Sueli Baptista de. *Op. cit.*, p. 176.

⁵⁶ Nesse particular, nunca é demais lembrar o alerta de J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, no sentido de que “as normas da <constituição económica> não se distinguem pela sua natureza das restantes normas da Constituição. Não tem qualquer sentido pressupor que elas possuem natureza jurídica essencialmente diversa, ou que têm menor eficácia jurídica do que outras normas constitucionais. Na verdade, elas têm a mesma eficácia que as outras de idêntica natureza. Não faltam, aliás, as normas exequíveis por si mesmas, imediatamente vinculantes

eventuais “direitos fundamentais não enumerados” abrangem direitos de *qualquer natureza*: tantos direitos, liberdades, garantias como direitos econômicos, sociais e culturais”⁵⁷. Não se quer com essa observação, no entanto, erigir o princípio da preservação da empresa a direito fundamental, mesmo porque é impossível fazê-lo dada a natureza dos direitos fundamentais, O que se pretende, tão-somente, é demonstrar que a defesa da preservação da empresa, como princípio constitucional não escrito e pilar do direito da insolvência, auxilia em demasia a concretização dos direitos fundamentais, notadamente o da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, “sua preservação está em conformidade com os postulados do atual sistema constitucional, cuja preocupação primeira é atender e preservar os interesses sociais do homem, em sua plenitude”⁵⁸.

O pensamento ora defendido também encontra respaldo em outras vezes que, analisando a questão da empresa em dificuldade econômico-financeira transitória, sustentam que para sua recuperação e preservação, naquele momento exclusivamente, há que se privilegiar a preservação da empresa em detrimento de outros princípios, como os direitos trabalhistas. Nesse sentido o pensamento de Jorge Lobo, por ocasião da análise da legislação brasileira, envolvendo recuperação de empresas e falência (Lei n.11.101/2005):

“No caso de recuperação judicial, a assembleia geral de credor e o juiz da causa deverão entregar-se à “ponderação de fins” – salvar a empresa, manter os empregos e garantir os créditos –, pelo princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, quando, então, talvez, venham a concluir que o caso concreto exige o “sacrifício”, p. ex.: (a) do interesse da empresa e de seus sócios ou acionistas em benefício de empregados e credores ou (b) dos direitos de empregados e credores em prol da empresa”⁵⁹.

A preservação da empresa como princípio constitucional, ainda que não escrito, também se coaduna com a opinião de Haroldo Malheiros Duclerc

tanto do Estado como das entidades privadas” (in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol.1., 4.ª Ed. Brasil: Editora Revista dos Tribunais e Coimbra Editora, 2007. p.952)

⁵⁷ QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais...*, p. 89.

⁵⁸ SOUSA, Sueli Baptista de. *Op. cit.*, p. 205.

⁵⁹ LOBO, Jorge. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 110.

Verçosa. Segundo esse jurista para evitar que a eficácia da recuperação judicial venha a ser abalada, não reconhece ao sócio de sociedade em recuperação judicial o direito de recorrer ao recesso, mesmo que inexistam regras específicas, uma vez nessas condições o instituto do direito de recesso é contrário ao sistema e, portanto, inaceitável⁶⁰. Nesse caso específico, como se vê, o direito individual de propriedade (patrimonial) do titular cede (ainda que temporariamente) diante da necessidade do exercício e exploração da propriedade (função social).

Advirta-se, porém (inclusive, na tentativa de minorar determinados equívocos que ocorrem na prática forense), que o princípio da preservação da empresa não representa que toda e qualquer empresa deva ser preservada⁶¹. Não é isso. Na verdade, esse princípio, também representa a liquidação imediata de determinada empresa, como forma de preservar as demais que funcionam naquele sistema, evitando destarte, que todo o mercado fique abalado. Como bem esclarece Paulo Penalva Santos, “nada pode ser mais danoso ao interesse público do que a manutenção de empresas ineficientes, as quais inevitavelmente seriam mantidas com subsídios públicos. Nem mesmo o interesse exclusivo dos trabalhadores pode prevalecer em detrimento dos contribuintes que pagam as subvenções, e do conjunto da

⁶⁰ “Não há como reconhecer ao sócio de sociedade em recuperação judicial o direito de recorrer ao recesso, pois a admissão desta possibilidade afetaria a eficácia da recuperação almejada não somente pelos credores, mas pelos empregados, pelos demais sócios e pela comunidade em geral na qual determinada empresa atua. De um lado estaria um indivíduo ou um grupo de pessoas objetivando um benefício particular, de outro, uma comunidade diferenciada a ser negativamente afetada pelo insucesso definitivo da empresa. Mesmo que não houvesse restrição legislativa ao recesso (por não constar de uma das hipóteses específicas encontradas na lei), tal instituto seria contrário ao sistema e, portanto, inaceitável.” (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Direito de retirada: tratamento legal na falência e na recuperação. In: CASTRO, Rodrigo P. Monteiro de; ARAGÃO Leandro Santos de (Coords.). *Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 106-107)

⁶¹ Preocupação idêntica é a destacada por Ingo Wolfgang Sarlet, quanto à banalização, quando não, ao uso inflacionário e panfletário do princípio da dignidade humana. (SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos Princípios Constitucionais – Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 230-231). A questão será retomada nos próximos capítulos.

sociedade que sofre as consequências de baixa produtividade e da ineficiência dessas empresas”⁶².

Percebe-se, pois, que o instituto da insolvência propriamente dito também desempenha uma função social ao retirar do mercado o empresário inescrupuloso ou incompetente, e, por conseguinte, preserva a cadeia produtiva. Com a palavra Marcelo Guedes Nunes e Marco Aurélio Freire Barreto:

“os mecanismos legais de falência empresarial desempenham uma importante função social, que é retirar do mercado o mau empresário e permitir que os recursos sob sua administração sejam alocados de maneira mais eficiente. Por isso, nem toda empresa que apresenta dificuldades financeiras deve ser beneficiada com a recuperação judicial. Há de se distinguir entre as empresas que tenham dificuldades conjunturais momentâneas (viáveis no longo prazo) daquelas que apresentam dificuldades estruturais e insanáveis (inviáveis no longo prazo)”⁶³.

Portanto, a defesa da preservação da empresa não autoriza sua aplicação generalizada, isto é, padronizada, com o sacrifício habitual dos credores. Há que se analisar o caso concreto, sem olvidar, no entanto, que o direito da insolvência é harmonizado ao ponto de vista macroeconômico e, sob a ótica do modelo econômico capitalista⁶⁴, “uma empresa considera-se (economicamente) falida quando o seu valor de mercado na ótica da continuidade da exploração da sua atividade econômica for menor de que o valor agregado de venda dos seus ativos, individualmente no mercado.”⁶⁵

⁶² SANTOS, Paulo Penalva. Nota aos Comentários à Lei de Falências (Decreto-lei 7.661 de 21 de junho de 1945). In: VALVERDE, Trajano Miranda. *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1, p. 31.

⁶³ NUNES, Marcelo Guedes; BARRETO, Marco Aurélio Freire. Alguns apontamentos sobre comunhão de credores e viabilidade econômica. In: Monteiro, Rodrigo R.; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coords.). *Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 311.

⁶⁴ De acordo com o pensamento de Douglas BAIRD e Robert RASMUSSEN uma situação de falência econômica emerge quando o valor de mercado da empresa é inferior ao valor de reposição dos seus ativos. (*The End of Bankruptcy*. In *Stanford Law Review* 55 (3): 751. [HTTP://papers.ssrn.com/sol13/papers.cfm?abstract_id=359241](http://papers.ssrn.com/sol13/papers.cfm?abstract_id=359241))

⁶⁵ SANTOS, Mário João Coutinho dos. *Algumas Notas sobre os Aspectos Econômicos da Insolvência da Empresa*. In: *Direito e Justiça*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Vol. XIX, Tomo II, 2005. p. 183;

Em suma, o princípio da preservação da empresa constitui-se em fundamento do direito da insolvência; porém, o modo da sua aplicação, isto é, a preservação propriamente dita ou à liquidação imediata de modo a preservar as outras empresas que atuam no mercado, deve ser analisado o caso concreto, cuidadosamente, pelo operador do direito, pois advogado, Ministério Público e Juiz desempenham papel de fundamental importância nesse mister, sendo que qualquer desinteresse ou desleixo pode resultar no desvirtuamento dos fundamentos do direito da insolvência.

III. Conclusão

Tempos difíceis enfrentados pelos nossos países, não só derivados da situação econômico e financeira, mas por outros problemas complexos da sociedade contemporânea, os quais atingem toda a sociedade globalizada. A crise da empresa, em diversas situações, resulta dessas anomalias. Por óbvio, sendo um problema econômico ou financeiro, a crise da empresa não será solucionada imediata e exclusivamente com uma medida judicial, a exemplo da ação de recuperação judicial, prevista no artigo 47 e seguintes da Lei n.11.101/2005 do Brasil.

Afinal, o direito serve como instrumental para o auxílio na crise da empresa. Em outras palavras, problemas econômicos e financeiros não se resolvem exclusivamente na seara jurídica. Pelo contrário. As regras e os princípios do direito da insolvência, em verdade, auxiliarão na preservação do mercado e concretização de medidas específicas junto ao sujeito (pessoa natural ou jurídica) que se encontre em dificuldade econômico e/ou financeira, de modo a minorar os prejuízos sofridos pelos trabalhadores e credores em geral, sem prejuízo de buscar a preservação da unidade produtiva, como por exemplo, por intermédio de um plano judicial de recuperação, estabelecendo a venda de ativos, a cisão da pessoa jurídica, o alongamento das dívidas, ou mesmo outras medidas.

Inegável, porém, que na análise e enfrentamento da crise da empresa, o direito da insolvência, tanto em Portugal, como no Brasil, gravita com fundamento nos princípios essenciais aqui destacados, razão pela qual, a aplicação adequada desses princípios, auxilia na redução dos efeitos sociais nefastos causados pela insolvência, cuja proliferação descontrolada, a ninguém beneficia.

Curitiba-Pr, Brasil, 20 de fevereiro 2017