

A lei de recuperação de empresas – algumas considerações

Antonio de Jesus Trovão

ctrovao@uol.com.br

I - INTRODUÇÃO.

Trata o presente trabalho de comentar de forma mais sucinta e abarcada pelo direito empresarial e também pelo direito constitucional a nova lei de recuperação de empresas (Lei n°: 11.101/2005) enfatizando como linha mestra da elaboração da referida lei os princípios da eticidade e da preservação da empresa como pressupostos curiais para revisão do instituto da falência e como substitutivo mais eficaz e eficiente da concordata, cuja edição perdeu sua razão de ser face ao imenso desenvolvimento social, econômico, político e tecnológico da nação nos últimos anos.

II - PEQUENO ARCABOUÇO DOUTRINAL.

Com o surgimento da teoria da empresa, no correr do ano de 1942, o Direito comercial sofreu um impulso quântico na exata medida em que, dispensando-se de um enfoque precipuamente voltado para as atividades de mercancia, voltou-se com um olhar mais acurado sobre a atividade econômica enquanto meio necessário para a produção e circulação de bens, mercadorias e serviços, dispondo-se a regular o que, a partir de então, denominou-se de "atividade empresarial".

Segundo a análise muito mais que apropriada de FÁBIO ULHOA COELHO (1), "A atividade dos empresários pode ser vista como a de articular os fatores de produção, que no sistema capitalista são quatro: capital, mão-de-obra, insumo e tecnologia. As organizações em que se produzem os bens e serviços necessários ou úteis a vida humana são resultado da ação de empresários, ou seja, nascem do aporte de capital - próprio ou alheio -, compra de insumos, contratação de mão-de-obra e desenvolvimento ou aquisição de tecnologia que realizam".

Desta forma, a atividade empresária é mais que apenas uma atividade em que o empresário, assumindo o risco do negócio, reúne os meios de produção e, agindo sob caráter de profissionalismo, visa a obtenção de lucro, posto que, enquanto atividade que, de per si, é capaz promover o desenvolvimento econômico da nação, bem como o progresso universal da raça humana, chamando a atenção do controle social e, por conseguinte, a necessidade de sua regulação por meio do poder estatal, a fim de evitar-se abusos ou excessos que possam vir a causar desequilíbrios insanáveis, cuja resultante imediata atinge a todos os indivíduos da sociedade e, por que não dizer, de todo o mundo.

É nesse diapasão que, no ano de 1945 surgira o Decreto-Lei n°: 7.661, cujo intento era o de regular e estabelecer critérios para, em sendo inevitável, organizar o processo falimentar do empresário que, sujeito as condições de mercado, poderia vir a perder o controle de seu negócio, atingindo todos aqueles que com ele estavam envolvidos na atividade - fornecedores, consumidores, investidores, sócios - e, principalmente a própria atividade econômica enquanto instrumento de regulação e funcionamento do sistema econômico.

Trata-se de um vértice macro e micro econômico com o mundo do direito e, ressalte-se, não o único, posto que economia e direito são ciências sociais de mesma origem axiológica, qual seja, a de entender os fenômenos humanos enquanto resultantes da própria ação humana junto a natureza. O funcionamento do sistema econômico, de forma harmônica e equilibrada, permite o desenvolvimento humano e, por conta de seus efeitos - sejam funestos ou proveitosos - exige uma regulação jurisdicional-legal, evitando que abusos, excessos, omissões ou ações indevidas possam vir a resultar em prejuízo coletivo, prejuízo esse que, revestindo-se de caráter eminentemente social, redundando em danos, muitas vezes insanáveis, a nação, bem como - seja de

forma direta ou indireta - a toda humanidade.

III - O CARÁTER DÚPLICE DO CONCEITO DE FALÊNCIA.

De modo geral, podemos ousar distinguir a falência a partir de dois enfoques conceituais do referido instituto. O primeiro é aquele que se refere a sua natureza econômica, posto que a falência constitui-se em um estado de insolvência frente a situação patrimonial do devedor que, complementa-se pelo conceito econômico, no qual a falência não é o estado de insolvência, mas sim a própria falência; ou seja, não é a insolvência do devedor que interessa ao direito, mas sim, seu novo status decorrente da própria falência - uma situação de fato que concorre para uma situação de direito, cujos efeitos espraiam-se para o mundo fático, afetando todos aqueles que se encontrem envolvidos, direta ou indiretamente com a atividade empresaria em regime de falência.

Cabe ressaltar, de plano, que o conceito aqui abarcado não se preocupa, sob qualquer aspecto, com o inadimplemento do indivíduo revestido da capacidade empresária, até porque, o interesse desenvolvido pelo referido indivíduo, perde de imediato, seu caráter individualista para consagrar-se ao direito coletivo, na exata medida que envolve interesses diversos, inclusive atingindo - guardadas as devidas proporções - certo grau de interesse público, observada a característica principal da atividade empresária é a produção de bens e serviços que serão consumidos por vários, e por que não todos, os indivíduos da sociedade.

Nesta mesma vertente, convém evidenciar, que a falência é um instituto que vai diretamente de encontro ao estado patrimonial, interessando os efeitos que a mesma produz junto ao conjunto de bens econômicos envolvidos da operação empresária, razão pela qual deve ela concretizar-se em verdadeiro processo executivo, com aduz o iminente doutrinador SAMPAIO DE LACERDA (2), para o qual "a falência se caracteriza como um processo de execução coletiva, decretado, judicialmente, dos bens do vendedor comerciante ao qual concorrem todos os credores para o fim de arrecadar a patrimônio disponível, verificar os créditos, liquidar o ativo, saldar o passivo, em rateio, observadas as preferências legais".

Sob esse enfoque cristaliza-se o caráter dúplice da falência, não apenas enquanto instituto econômico e jurídico, mas também, sob o aspecto jurídico, de natureza material e processual ao mesmo tempo. Material porque é a insolvência que se constitui em pressuposto que concede validade e eficácia ao instituto e não menos que impor um regime jurídico decorrente do procedimento necessário para a solução do estado falencial com vistas a sanar os efeitos dele decorrentes.

IV - A CONCORDATA ENQUANTO TÁBUA DE SALVAÇÃO.

Ainda na análise do Decreto-Lei 7661/45 temos o outro instituto que o integrava, qual seja, o da concordata, pelo qual, por meio de pedido judicial, podia o empresário, em dificuldades financeiras, requerer a remissão parcial de suas dívidas e a dilação de prazo de vencimento de suas obrigações, afetando apenas os créditos de natureza quirografária, excetuando-se os demais, em especial aqueles decorrentes de garantias reais e trabalhistas.

Tal instituto deixava a desejar na medida em que inexistia a participação efetiva dos credores que ficavam sujeitos a uma decisão judicial de mão única, sem direito a interferência, mesmo que de natureza meramente declaratória de vontade e, ainda, revestida de fim em si mesmo, sob a qual todos ficariam sujeitados de forma inderrogável ou mesmo impessoal ao decisório prolatado em sede judicial, espraiando efeitos e jungindo-se de caráter constitutivo de direitos e obrigações.

O conjunto acima analisado, por fim, recebendo as feições de texto legal a todos aplicáveis, constituía-se, então, no mecanismo mais moderno - a época de sua edição - para sanar e ao mesmo tempo sanar a atividade empresarial, bem como propiciar o necessário equilíbrio que a

atividade econômica - meio no qual a atividade empresária encontrava-se imiscuída - carecia para desenvolver-se de maneira adequada.

Veja-se aqui, apenas como pano de fundo, o caráter histórico da medida, posto que o país encontrava-se em pleno processo de desenvolvimento, razão pela qual, exigia uma legislação que assegurasse que tal desenvolvimento não incorreria em efeitos danosos e indesejáveis ao meio social e econômico. Época de pós-guerra mundial, reconstrução de países e de economias desvalidas por anos seguidos de perdas e sofrimentos, situava-se o país em condição exigível pelas demais nações de desenvolver-se para acompanhar a reconstrução e dela obter frutos que lhe dispusessem um novo enquadramento no cenário internacional, inclusive quanto a política do progresso para todos que tornou-se o verdadeiro mote que iria alimentar as expectativas dos anos seguintes. O empreendimento profissionalizado exercido por indivíduos aptos e capazes, unido ao capital externo e interno facilmente capitalizáveis para toda a sorte de investimentos promissores e com a necessária capacitação do meio econômico, eram os instrumentos mais que necessários e suficientes para gerar a predisposição esperada pelas autoridades governamentais, a fim de funcionar como motor de partida para o crescimento econômico que estaria se delineando no horizonte futuro da humanidade.

Não devemos nos esquecer que, aliado a esse cenário tínhamos ainda o sopro favorável dos bons ventos da democracia que surgira triunfante frente aos sistemas totalitários que haviam manchado o mundo com sua mão de sangue e com seus pés de ferro e, da mesma forma, desaparecido frente a vontade, ao suor e ao sangue daqueles que haviam dado suas vidas, suas juventudes e seus anseios para ver libertada dos grilhões as gerações que ainda estavam por vir.

Mutatis mutandis, temos o Decreto-Lei 7661/45 como um dos instrumentos que compunham o arcabouço jurídico-estrutural capaz de sustentar o desenvolvimento econômico, mesmo se considerado que o cenário histórico ainda não cogitava em termos de globalização e desenvolvimento econômico sustentável ou ainda de direitos e deveres de empresários e consumidores, bem como o papel não-intervencionista do estado, submetido que se estava a euforia resultante do fim da guerra e início de uma nova era de prosperidade e segurança.

V - A REGRA DO ZERO ABSOLUTO E A NECESSIDADE DE REFORMULAÇÃO.

O verdadeiro efeito "ressaca" dos anos oitenta e noventa, mostrou que a euforia desde muito já havia se ido e com ela todas as expectativas de perfeito equilíbrio tanto do sistema econômico como também do sistema político. O horizonte, no entanto, não era negro ou delineado de tempestades e desespero, posto que, na verdade, o que se conseguia distinguir era um desequilíbrio também necessário para que a humanidade desse mais um passo rumo a sua evolução.

Vieram, então, a globalização, a formação dos blocos econômicos e a dissipação do sistema bipolarizado de poder composto pelo imperialismo disfarçado dos Estados Unidos de um lado e da ameaça vermelha do socialismo da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas de outro, dando lugar a blocos de países com interesses comuns, tanto na área de livre comércio como na área de política econômica. Os grandes conglomerados fabris verticalizados deram lugar aos grupos econômicos empresariais horizontalizados e constituídos de capital oriundo de todas as partes do mundo, capital esse também chamado de volátil ou ainda de mercenário, uma vez que a bandeira que empunhava não era a da nação mas sim a de seus próprios interesses, migrando para outras bandas sempre que a situação deixava de ser interessante ou ainda tornava-se ameaçadora de suas perspectivas.

Desenhava-se aqui a regra do zero absoluto, pela qual todos os empresários estariam sujeitos ao estado de crise que, funcionando como verdadeiro efeito dominó gerava efeitos a todos aqueles que compusessem o sistema produtivo, fazendo-os retornar a situação inicial (zero absoluto), onde

todos perdiam suas prerrogativas, oportunidades e privilégios conquistados a duras penas, submetendo-se a necessidade de captar recursos de capital junto a um mercado volátil e também sujeito as instabilidades concernentes a intervenção do Estado no domínio econômico de forma imperiosa e ausente de bons critérios de igualdade e de oportunidade.

Desse exato modo tinha-se, agora, uma situação em que empresários de menor porte encontravam-se plenamente sujeitos ao não muito doce sabor das ondas deste capital acima descrito, impondo-lhe um estado de plena constante vigilância, quando se tratava de empreendedor voluntarioso, e de suspeita de atividade quando o empresário preferisse optar pelo meio mais fácil de fugir de seus compromissos assumidos, qual seja, o da quebra do empreendimento.

Neste diapasão, o Decreto-Lei 7661/45 mostrava-se insuficiente e desatualizado, permitindo ações evasivas dos empresários e incertezas até mesmo doentias dos investidores e consumidores que compunham o balao de ensaios do mercado e da atividade econômica. A situação do país, enquanto economia emergente, dava sinais de sua fragilidade e incapacidade de recuperar-se das instabilidades que o momento internacional lhe impunham, tornando ineficaz qualquer ação governamental que não redundasse em intervenção plena e simples no sistema econômico, cujos resultados não eram - via de regra - aqueles esperados pelo conjunto da sociedade.

O texto constitucional, promulgado no ano de 1988, trouxe em seu bojo uma clara delineação de quais eram os rumos que a população ansiava em ver realizados tanto a curto como médio e longo prazo: estabilidade social, equilíbrio empresarial aliados á um desenvolvimento econômico sustentável capaz de suprir suas próprias necessidades de recursos, em especial aqueles de ordem financeira (capital). Esta visão encontrava-se expressa no corpo do texto conforme se vislumbra no inciso II do artigo 3º da Constituição Federal, pois desenvolvimento nacional revela-se como desenvolvimento econômico sustentável.

Todavia, cabe evidenciar que o inscrito acima não era o único a consagrar tais anseios, pois o legislador constituinte almejou muito mais do que uma manifestação genérica, reservando ao título VII da Constituição Federal, em especial no seu artigo 170, a consagração da livre-iniciativa, livre-concorrência e pleno emprego, pressupostos basilares da economia de mercado associado com o caráter assecuratório de que tais pressupostos deveriam ser observados tantos nas relações internas quanto nas externas, uma vez que este princípios também eram objeto de sagração mundial.

Na esteira da Constituição Federal sobrevieram diversas legislações que tinham por objetivo primordial tornar exequíveis alguns dos dispositivos nela elencados de forma não auto-aplicável, como a lei nº: 8.078/90, nominada como Código de Defesa do Consumidor e outras mais, relativas a agências reguladoras, código de águas, e tantas ainda que encontram-se em fase de análise pelo poder legislativo com o intuito de tornar o texto constitucional plenamente eficaz em sua totalidade.

Acompanhando a espinha dorsal da Magna Carta, sobreveio recentemente a lei 11.101/2005, que se encontra em período de "vacatio legis", cujo vigor pleno dar-se-á brevemente, substituindo em sua integralidade o Decreto-Lei nº: 7661/45 e com a proposta de reorganizar e modernizar a relação entre empresários, investidores, consumidores e fornecedores e permitindo que surja no cenário nacional uma nova figura: a figura da recuperação empresarial por via judicial ou extrajudicial, e com ela a emanação plena para o mundo jurídico de dois princípios constitucionais expressos de forma implícita no texto original e que, até então, reservavam-se prerrogativas de verdadeiros princípios originários do novo cenário mundial de neoliberalismo e não intervencionismo do Estado respectivamente.

VI - RECUPERAÇÃO JUDICIAL: ETICIDADE E PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.

Descabe qualquer consideração relativa ao princípio da eticidade, posto que o texto constitucional como um todo orgânico e harmônico, desde sua concepção até sua efetiva promulgação, permeou-se por este princípio que ressalva a necessidade imperiosa e inalienável de propor uma sociedade mais ética com exata medida do justo a que todos devem submeter-se de forma incondicional e inegociável.

Decorrente da própria doutrina liberal exposta por expoente como HOBBS e ROUSSEAU, a ética é, mais que um princípio, um comportamento a ser adotado em todas as relações humanas, cingindo-se de toda a força contida no pressuposto do imperativo categórico pronunciado por EMMANUEL KANT, (3) cuja premissa ordenadora pode ser assim definida: "não fazer aos outros aquilo que não desejamos que a nós seja feito", que, revisto pela óptica da hermenêutica possibilita o entendimento de que devemos agir de forma a fazermos aos nossos semelhantes aquilo que esperamos que sejam por eles feitos em relação a nós mesmos. Trata-se, portanto, de uma conduta, que se repetida de forma sistemática por todos constituir-se-á em valor positivo, o qual, via-de-regra, integrar-se-á ao nosso destino, possibilitando maior justiça e equilíbrio nas inter-relações entre seres humanos.

E é essa conduta ética que permeia, ou melhor, compoe o meio no qual o texto constitucional deve realizar-se, ensejando um resultado prático sempre mais aperfeiçoado quer entre as relações coletivas de caráter social, quer naquelas relações decorrentes de ânimo econômico, semeando o bom e o justo para uma colheita pelas gerações futuras, exigindo que haja um esforço concentrado e unificado de vontades rumo a consecução de tal princípio, deixando de resvalar em particularidades insignificantes para deslanchar na direção mais apropriada ao futuro das relações humanas: onde a igualdade, a liberdade e a fraternidade não sejam apenas palavras destituídas de seu conteúdo mais pujante que é aquele que se encontra delineado no próprio texto constitucional, mas sim formas exteriorizadas de comportamento coletivo, adotadas incondicionalmente por todos sem qualquer ressalva ou consideração de ordem pessoal.

Desta forma, empreendimentos éticos são aqueles que guardam dentro de si mesmos o respeito aos demais envolvidos na relação jurídico-econômica independentemente de controle externo ou de força coatora de lei ou ordenamento jurídico que lhe imponha consecução pela sua mera observação ou por eterna vigilância estatal. Representa, portanto, um caráter curial inserto na nova Lei de Recuperação de Empresas, na exata medida, inicialmente adotada, de orientar-se pelo princípio da eticidade consubstanciando não um mero aperfeiçoamento do que já existia, mas sim e em especial, adotando uma postura a ser tomada como exemplo por todos, evitando que eventuais abusos e ou diretrizes enganosas possam eivar de erros o comportamento empresarial que se prescinde neste novo milênio.

De outra forma, o princípio da preservação da empresa nada mais é de que uma locução nova do princípio da livre iniciativa e na valoração do trabalho humano, insculpidos no artigo 170 da Constituição Federal vigente, que por sua própria natureza exige que haja uma veiculação mais próxima da aplicabilidade prática para preceitos tão fundamentais para o desenvolvimento da nação, haja vista a inquestionabilidade da importância da empresa tanto para preservação da economia como da própria sociedade moderna, evidenciando-se que, no aspecto econômico, é a empresa a responsável primeira pela manutenção do ciclo econômico para produção e circulação de riquezas e renda dentro do sistema econômico da uma nação.

Fala-se, assim, do surgimento de um Direito Concursal cuja repercussão reverbera efeitos no Direito Falimentar exigindo-se dele uma revisitação de seus próprios pressupostos com a adoção de uma perspectiva revolucionária que não mais se condiz com a perspectiva anterior de dar solução ao empreendimento com a única e exclusiva finalidade de liquidar ativos para satisfazer passivos, obedecida uma ordem espartana de preferências que em nada contribuiria para a manutenção do empreendimento ou até mesmo a mera e singela tentativa de sua recuperação. E é

no sentido acima alinhavado que observamos as considerações de PAES DE ALMEIDA (4) na exata forma que a seguir transcrevemos:

"Podemos afirmar que a reorganização econômica da empresa auxilia na melhor observação de sua função social porque atinge o interesse público existente na continuação da atividade funcional da empresa".

Inobstante ao exposto, cabe ainda destacar que o pressuposto de recuperação da empresa não surgiu como uma inovação eloqüente emanada de doutrinas ainda sujeitas ao juízo crítico dos exegetas e doutrinadores, mas sim, como uma premência de ordem doutrinária e jurisprudencial internacional, desvelada por muitos estudiosos do tema e acolhidas por igual número de interessados, como se percebe da dicção contida no pensamento de MANUEL OLIVENCIA RUIZ (5), o qual, ousadamente transcrevemos:

"A permanência da empresa não é instituto destinado a manter privilégios ou situações favoráveis a alguns em detrimento dos outros, mas trata-se de salvar o viável e não garantir o funcionamento a qualquer custo de organismos inertes que deixam de ser produtivos. Não se aplicará, desta forma, recursos da comunidade em empresas nestas situações, haja vista ser necessário cessar suas atividades residindo aí o interesse público de sua não manutenção".

Desta forma, o princípio de preservação da empresa atinge, ao mesmo tempo, interesses diversos que se promanam de ordens independentes do corpo econômico, social e jurídico de uma nação.

Atinge o interesse social configurado pela necessidade de preservação de um negócio fruto do "affectio societatis" entre empreendedores que, de comum acordo e por comunidade de interesses, somam seus esforços com vistas a assumir riscos, obter lucros, mas, antes de tudo, contribuir para a manutenção e conservação de um ciclo econômico mais harmonioso e convergente nos interesses da coletividade.

Atinge também o interesse econômico celebrado como corolário de verdade racional do sistema capitalista mundial, onde livre iniciativa e livre concorrência não são inimigos capitais mas sim pressupostos que se somam, se congregam para obtenção de satisfação plena das necessidades ilimitadas do ser humano frente a recursos cada vez mais escassos, privilegiando a auto-sustentabilidade sistêmica da economia e, em decorrência disso, a sobrevivência da própria humanidade.

Atinge ainda o interesse público, posto que a recuperação de empresas admite a conservação de empregos, postos de trabalho que, se perdidos se tornam irrecuperáveis dada a própria natureza do empreendimento, além do que otimiza recursos disponíveis induzindo ao apuro tecnológico e aperfeiçoamento dos meios de produção, tudo em consonância com o pressuposto da livre-iniciativa como baluarte inderrogável da própria existência da sociedade bem como da nação soberanamente tomada.

VII - A GUIA DE CONCLUSAO.

A extensa exposição acima delineada foi predisposta a partir de uma construção ideológica assumida pelo próprio legislador constituinte que, ao debruçar-se sobre o hercúleo trabalho de elaborar o novo texto constitucional, em nenhum momento olvidou-se do compromisso assumido com a nação de dar-lhe uma nova configuração, mais adequada a realidade que se descortinava no final do milênio passado como cenário indiscutivelmente novo, incerto e inesperado, repleto de caminhos tortuosos e vias oblíquas, cuja opção não seria a mais acertada, mas que se apresentavam como escolhas a povoar as mentes e os corações do povo.

As opções dadas ao legislador pátrio durante a elaboração do texto constitucional exigiu dedicação

e predisposição para agir de forma ética e cívica, princípios os quais também foram seguidos pelos legisladores infraconstitucionais, em especial aqueles incumbidos de construir um novo modelo de lei que visava, de plano, conservar empresas e não liquidá-las pura e simplesmente ao alvedrio das necessidades e efeitos decorrentes de tal atitude sem qualquer compromissamento com aqueles que foram e são os principais interessados no progresso nacional e no desenvolvimento da atividade econômica: o povo, o mesmo povo citado em diversas constituições e textos legais; o povo na concepção mais profunda que possa ela revestir-se, a de parte integrante a ativa da raça humana.

NOTAS:

- (1) - in COELHO, Fábio Ulhoa - Manual de Direito Comercial, 16a edição - São Paulo - 2005, página 03.
- (2) LACERDA, J.C. Sampaio de - Manual de Direito Falimentar - Ed. Freitas Bastos, 1999, página 18.
- (3) KANT, Immanuel - Coleção Os Pensadores - Editora Nova Cultural, São Paulo, 2005, página 232.
- (4) COMPARATO, Fábio Konder - "Função social da propriedade dos bens de produção", in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro - São Paulo, n°: 63, página 71.
- (5) RUIZ, Manuel Olivência - La Reforma Del derecho de quiebra - Espanha, apud Lacerda, página 122.

BIBLIOGRAFIA:

01. COELHO, Fábio Ulhoa - MANUAL DE DIREITO COMERCIAL - 16a edição - Editora Saraiva - São Paulo - 2005.
02. LACERDA, J.C. Sampaio de - MANUAL DE DIREITO FALIMENTAR - 4a edição - Editora Freitas Bastos - Rio de Janeiro - 1999.
03. KANT - Immanuel - CRÍTICA DA RAZÃO PURA - Coleção Os Pensadores - Editora Nova Cultural, São Paulo, 2005.
04. ALMEIDA, Amador Paes de - CURSO DE FALÊNCIA E CONCORDATA - 5a edição - Editora Saraiva - São Paulo, 1996.