

A dimensão social da preservação da empresa no contexto da
nova legislação falimentar brasileira (Lei nº 11.101/05).
Uma abordagem zetética

Dagoberto Lima Godoy*

Sumário:1. Introdução. 2. A dignidade da pessoa humana como núcleo da preservação da empresa e a aparente antinomia em relação à eficiência econômica. 3. A crise econômico-financeira da empresa: um componente permanente dos sistemas empresariais. 4. Da recuperação de empresa no Brasil. 5. Hipóteses concretas na novel legislação de estímulo à preservação da empresa e conseqüente dignificação da pessoa humana. 6. Da recuperação judicial. 7. Da recuperação extrajudicial. 8. Conclusão crítica. 9. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A abordagem que se pretende dar a esta investigação científica consiste na apresentação da relevância objetiva e subjetiva da dimensão social na preservação da empresa como instrumento capaz de proporcionar a tutela da dignidade da pessoa humana em paralelo à busca pela eficiência econômica.

O nosso vetusto sistema legal (Dec.-Lei 7.661/45), bem como a recém sancionada legislação (Lei 11.101/05), tratam do lado negativo da economia contemporânea, baseados em um modelo iniciado com a revolução industrial no século XVIII, com um desenvolvimento político sobressaltado que cresceu e vingou como opção na sociedade atual.

A figura da empresa revela-se como um dos principais alicerces desse sistema, posto que é vista como agente econômico e sustentáculo imprescindível da sua própria sobrevivência. Por isso, a ineficiência ou inoperacionalidade da empresa deve ser

resolvida, através de tratamento específico sujeito as regras judiciais, destinadas ou ao seu regresso produtivo ou à sua extinção como operador econômico.

No século passado, o tema da empresa insolvente, bem como sua abordagem, modificou-se. Desde o período romano o objetivo era "tutelar créditos" abandonando-se a devedora à venda, por via executiva. Com o passar do tempo, germinou em várias legislações, dentre outras, a legislação norte-americana, inglesa, francesa, belga, alemã, portuguesa, espanhola e, em certa medida a italiana, além de, mais recentemente, nossa legislação brasileira, a preocupação com a preservação da empresa, como forma de reabilitá-la.

Em nosso ordenamento, particularmente, busca-se absorver essa corrente do pensamento europeu e, ao lado do mecanismo falimentar, busca-se consagrar esquemas de viabilidade empresarial em harmonia com o princípio da preservação da empresa. Eis pois, a questão que se levanta. Será que a adoção indiscriminada do princípio da preservação da empresa associada ao processo de recuperação proporcionará a tão desejada simplificação, celeridade e redução de riscos, no processo falimentar, e conseqüentemente a diminuição do chamado spread bancário [02]? É essa a questão que pretendemos debater, no curso deste estudo.

Nesse sentido, focamos nossa análise nessa nova direção dada ao direito falimentar, em congruência com as mudanças inseridas pelo novo Código Civil que substituiu o sistema francês da teoria dos atos do comércio pela empresarialidade do sistema italiano, trazendo à discussão a maior intervenção dos credores nas lides, com uma atuação de caráter dúplice decorrente da defesa do crédito e da busca pela recuperação da devedora.

Esta dualidade aparente é, talvez, o maior dilema a ser enfrentado e a maior preocupação dos agentes econômicos envolvidos no processo recuperatório, pois haveria, senão ostensivamente, de forma sutil um conflito de interesses entre a busca pela eficiência econômica na recuperação do crédito e a busca da manutenção da fonte produtiva que conseqüentemente conserva o emprego e tutela a dignidade da pessoa humana. Esse aparente conflito, na filigrana jurídica, muitas vezes parece insuperável.

O elemento econômico do direito, segundo FRANCESCO CARNELUTTI [03], é o que caracteriza o conflito de interesses, portanto, inafastável sua compreensão. Segundo o autor, "l'elemento economico del diritto è il conflitto di interessi. Dove il conflitto di interessi non c'è, non ha ragione di essere il diritto; non esiste um fenomeno giuridico alla radice del quale l'analisi non rintracci tale conflitto."

Outrossim, os credores, reunidos em assembléia geral ou em comitê, auxiliados por um gestor ou administrador judicial, impulsionam, orientam, fiscalizam e decidem o processo, debaixo da fiscalização do juiz, no objetivo de dirimir o controverso e, com maior ou menor contraditório, atingir o consenso.

É nesse sentido que a recuperação judicial deve ser tratada, como forma de preservar o agente econômico empresarial viável, respeitada a função social da empresa. O direito

falimentar, em seu sentido lato, deve, mais do que tudo, proporcionar uma convivência saudável entre os agentes econômicos, assegurando o crédito, o que é essencial para a preservação das relações empresariais e o desenvolvimento da economia.

A empresa age essencialmente através do mecanismo do crédito, o que por si só indica o sentido de seu interesse público, característico da atividade econômica empresarial.

O empresário, figura relevante no processo da distribuição da riqueza, não é simplesmente um agente econômico de interesses privados, mas, também, participa diretamente da atividade econômica da coletividade, o que denota também sua responsabilidade social [04].

Essa participação mais clara se fortalece quando ocorre a hipótese de falência, uma vez que se torna índice de desequilíbrio financeiro do empresário repercutindo com maior ou menor intensidade, na lesão dos credores.

O mecanismo da circulação de riquezas tem, pois, no crédito um dos elementos essenciais de sua propulsão. As organizações empresariais modernas, quaisquer que sejam, sem o crédito, não podem desenvolver com amplitude os seus negócios, atuar de forma eficiente em um mercado concorrencial acirrado.

Quando afirmamos que a lei falimentar deve assegurar o crédito [05], não fazemos referência ao crédito individualmente considerado, dos credores contra o devedor, mas sim ao meio ou o ambiente em que se praticam inter-relacionamentos de créditos privados. Protegido esse ambiente coletivo de concessão de crédito, cria-se uma atmosfera mais segura para a concessão do crédito privado, isto é, entre os agentes econômicos individualmente considerados.

Em outras palavras, ao assegurarmos instrumentos eficazes de recuperação de crédito, estamos protegendo, por via de consequência, esse ambiente propício que facilita a criação, bem como a manutenção de um sistema saudável de concessão de créditos privados aos empresários para o desenvolvimento das mais diversas atividades econômicas.

Sob o ponto de vista econômico, o crédito é, como dissemos, fator de crescente relevância para o desenvolvimento das atividades econômicas das mais diversas naturezas, correspondendo ao combustível indispensável para a geração de riquezas.

O capital, ainda sob a ótica econômica, apenas pode multiplicar-se pela sua disponibilização em favor da atividade produtiva, verdadeira renovadora e geradora de riquezas. O dinamismo da economia depende dessa disponibilização de capital, com o escopo de financiar os investimentos necessários à produção.

Deve-se, portanto, encontrar uma fórmula para que o crédito possa ser eficientemente disponibilizado com a necessária segurança, fazendo com que o detentor do capital seja seduzido a colocá-lo em circulação também com a certeza de contar com formas eficazes de recuperação em caso de inadimplência do tomador.

A segurança que favorece o credor da mesma forma beneficia o devedor de boa-fé, que, nesta circunstância, conta com mais oferta de crédito, numa espiral de virtuosidade econômica.

Não se pode, contudo, afirmar categoricamente que a segurança na recuperação do crédito seja fator determinante do custo de obtenção de recursos (dinheiro), uma vez que depende de uma complexidade de fatores econômicos, políticos e sociais, que não conseguiremos analisá-los integralmente nos limites deste trabalho.

Todavia, é inegável que a capacidade de recuperação de crédito compõe a chamada "taxa de risco", que é levada em consideração para a formação do preço da disponibilização do capital, os malfadados juros.

Para a teoria econômica, maiores chances na recuperação do crédito implicam menor risco, o que tende a fomentar a circulação do crédito a custos mais baixos. Quanto maior a disponibilização de capital, como mencionado, menores serão os juros, nessa espiral econômica virtuosa.

A redução dos juros é uma das componentes essenciais para o desenvolvimento econômico e viabiliza o investimento a um custo menor, num ciclo gerador de riquezas. O menor custo da produção implica baixa do preço do produto final em benefício do consumidor, desde que a atividade econômica como um todo esteja inserida num sistema concorrencial saudável, o que se procura obter através de leis antitruste [06] e órgãos governamentais de defesa da concorrência que, principalmente nos últimos anos, têm cumprido, com muito acerto e competência, sua função.

Portanto, pode-se afirmar que a livre iniciativa é um dos princípios constitucionais basilares para o atendimento dos fins reservados à ordem econômica e social.

Segundo MODESTO CARVALHOSA [07], "os limites impostos ao princípio da livre iniciativa, quer de ordem 'positiva', quando o Estado condiciona a atividade às vetorealizações propostas nos planos econômicos globais, setoriais ou regionais, visando o desenvolvimento nacional e à justiça social, ou 'negativa', quando o Estado exerce as funções de controle, colocando os limites à livre iniciativa, a fim de que não se desenvolva contrariamente aos interesses sociais também erigidos em princípios de ordem econômica (harmonia e solidariedade entre as categorias ecossociais de produção e a abstenção de abuso de poder econômico) devem ser entendidos restritivamente".

O produto cujo acesso ao mercado é facilitado é, inexoravelmente mais consumido, o que gera aumento de produção, de empregos, requerendo mais investimento e, novamente, mais crédito. A empresa, neste cenário, como atividade econômica, é elemento fundamental e a base sobre a qual se processa todo o ciclo virtuoso.

Dessa forma, nesse mesmo diapasão em que deve ser protegido o ambiente propício à concessão do crédito, deve ser preservada a empresa. Nesse sentido, no nosso pensar,

essa talvez seja uma das grandes, complexas e paradoxais tarefas daqueles que se dedicam à aplicação do direito falimentar: encontrar uma fórmula capaz de proteger a possibilidade de concessão de crédito, eliminando agentes econômicos que colocam esta verdadeira instituição em risco, e, na mesma medida, buscar preservar a empresa, sob o ponto de vista de sua dimensão social.

Aproveitando a experiência francesa, a pretensão finalística é preservar a empresa, dissociada da figura do empresário, titular da empresa, que de alguma forma a controla, direta ou indiretamente, através de participação societária.

A empresa é, numa visão moderna e menos obtusa, muito mais social do que privada. Social no sentido de que ao mesmo tempo em que serve aos interesses do empresário, credores e acionistas em geral, serve também aos interesses da sociedade.

A empresa serve ao empresário e acionistas em geral como fonte de obtenção de lucros decorrentes do capital investido para sua constituição e desenvolvimento; aos credores, como garantia de venda de seus produtos, e por conseqüência, também a obtenção de lucros; à sociedade serve uma vez que gera empregos, recolhe tributos e produz ou circula bens ou serviços, exercendo desta forma, função social indispensável, que proporciona em sentido lato, a tutela da dignidade da pessoa humana.

2. A dignidade da pessoa humana como núcleo da preservação da empresa e a aparente antinomia em relação à eficiência econômica

Inicialmente, devemos observar a significação de dignidade da pessoa humana. O vocábulo dignidade possui múltiplos significados, daí poder-se afirmar que é dotado de amplitude conceitual que extravasa o campo do direito positivo, assumindo conotações de ordem subjetiva, moral, religiosa e social, dentre outras, como, aliás, todos os direitos fundamentais comportam.

Etimologicamente, dignidade, do latim dignitas, [08] significa valor, distinção, princípio ao qual está baseado o proceder que enseja respeito, e corresponde à tradução feita pelos escolásticos da palavra grega aksióma – axioma -, que segundo ARISTÓTELES significa a proposição primeira a qual parte qualquer demonstração.

Para NORBERTO BOBBIO [09] tanto a liberdade quanto a igualdade interagem sob o ponto de vista político e histórico e ambos "se enraízam na consideração do homem como pessoa. Ambos pertencem à determinação do conceito de pessoa humana, como ser que se distingue ou pretende se distinguir de todos os outros seres vivos. Liberdade, indica um estado; igualdade, uma relação. O homem como pessoa – ou para ser considerado como pessoa – deve ser, enquanto indivíduo em sua singularidade, livre; enquanto ser social, deve estar com os demais indivíduos numa relação de igualdade."

IMMANUEL KANT [10], em clássica obra, talvez traga o melhor conceito lógico-filosófico da dignidade da humana. Ele procura demonstrar que o ser humano possui um valor em si mesmo, uma dignidade, e constrói o famoso imperativo prático: "Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio". Para que o ser humano identifique a limitação que esse imperativo prático impõe às suas ações, KANT propõe a seguinte reflexão: "Age sempre segundo aquela máxima cuja universalidade como lei possa querer ao mesmo tempo". E, essa seria a fórmula para extrair ou identificar uma vontade boa. Atualmente, esse imperativo prático kantiano é muito citado como significado da expressão "dignidade da pessoa humana".

Cumpra ainda mencionar que KANT emprega o termo para significar que a razão humana é livre em matéria de moral e que as leis que ela impõe à vontade são universais e absolutas. É neste ponto que se insere a tão conhecida distinção estabelecida pelo referido filósofo entre o uso público e o uso privado do entendimento - que irá servir de eixo para toda a sua argumentação. A moral kantiana se rege por três princípios: a universalidade da lei, a dignidade absoluta do indivíduo humano e a autonomia da vontade.

Dignidade, pois, apresenta-se como um conjunto de atributos inerentes à pessoa humana e dela indissociáveis, de conteúdo inegavelmente axiológico, pois retrata valores próprios do homem, mas que refletem no coletivo. Tais valores não são passíveis de substituição nem de alteração, nem se sujeitam a qualquer ordem de hierarquia ou classificação, pois não estão no campo da relatividade. São absolutos e embora formem um conjunto, são autônomos em sua individualidade.

Esses preceitos morais e religiosos transferiram-se com facilidade aos cânones jurídicos, ampliando a noção do que seja a dignidade da pessoa humana, no contexto em que tudo se volta para o homem, existe pelo homem e tem no homem sua finalidade essencial.

Pode-se, portanto, dizer que a dignidade é um estado, uma condição de todo ser humano, que deve ser tutelada pelo ordenamento positivo e assegurada pela ação efetiva do Estado. Nesse sentido é que entendemos o princípio da preservação da empresa no contexto da Lei 11.101/05, ou seja, como forma imperiosa de tutela da dignidade da pessoa humana [11]. O aspecto social é, pois, fundamental para a compreensão da dimensão do ser humano.

Por outro lado, uma questão que já foi trazida à baila no âmbito deste trabalho, diz respeito a busca da eficiência econômica, como forma de sustentabilidade da recuperação da empresa. Haveria um aparente paradoxo, entre a preservação da empresa, sob o ponto de vista da dignidade da pessoa humana e a busca pela eficiência econômica, o que desde já refutamos.

Nesse aspecto, entendemos que a eficiência econômica é mitigada com o princípio da preservação da empresa, uma vez que não se excluem, se complementam. Exatamente, porque não exortamos o discurso maniqueísta das virtudes da preservação da empresa sob o ponto de vista humano, em detrimento da implacável perseguição da eficiência econômica que poderia destruir a base da empregabilidade [12]. Não. Definitivamente, esta não é nossa intenção, como já pudemos salientar e ainda sustentaremos no capítulo seguinte, a empresa deve buscar, em uma análise criteriosa, sob o auspício do judiciário e de todos os atores envolvidos nesse processo reorganizatório, um equilíbrio entre a efetiva busca da eficiência econômica, com a redução de salários, transferência de ativos e do controle da empresa, fusões, cisões, etc., e a manutenção da fonte produtiva, como forma de humanização das relações empresarias.

Esse ponto de equilíbrio é, talvez, a grande dificuldade na análise dos casos em concreto, contudo, se mostra essencial, diante da dimensão social que a preservação da empresa encerra.

Para os economistas defensores da ortodoxia, em uma economia capitalista e de mercado, é absolutamente natural esperar o encerramento da atividade econômica de empresas insolventes que se mostram incapazes de gerar e manter ativos necessários para a satisfação de seus compromissos com fornecedores, empregados, instituições financeiras, previdência e o fisco.

Da mesma forma, é também comum observar empresas em crise econômico-financeira demandando uma reestruturação de dívidas e/ou o suporte financeiro de seus credores e da comunidade para manter suas atividades em funcionamento.

Essas operações de reestruturação e salvamento de empresas devem ser colocadas e avaliadas de forma imediata, pois é sempre melhor dar solução a essas eventuais dificuldades em fase de gestação, quando ainda há solução, do que deixá-lo evoluir a caminho da irreversibilidade.

Contudo, nem sempre essa atitude é possível no campo prático das relações interempresariais, aliás, uma característica interessante, sob o ponto de vista psicológico, quando a empresa se vê diante da crise, é a refratária oposição dos dirigentes estatutários, à implementação de medidas alternativas radicalizando a condução dos negócios.

Em muitos casos, considerando-se o universo empresarial brasileiro [13], o empresário tenta de forma desesperada, reconduzir a empresa ao caminho da obtenção de lucro, retardando ainda mais, as medidas saneadoras que poderiam estancar a crise instalada, o que acaba definitivamente por inviabilizar sua atividade econômica, tornando a superação da crise econômico-financeira irreversível.

Retornando à questão da eficiência, sob o ponto de vista econômico, os defensores da chamada "utopia liberal" [14], consideravam-na uma medida para a verificação da capacidade dos agentes de melhor atingir seus objetivos, de produzir o efeito deles esperados, em função dos recursos utilizados.

Em 1989, FRANCIS FUKUYAMA [15] "escandalizou" o mundo ao afirmar que a queda do Muro de Berlim era a prova de que a utopia liberal, na iminência de se realizar, marcava o culminar da evolução histórica e ideológica da humanidade. Com a utopia liberal, a história, no sentido Hegeliano, teria chegado ao fim porque se teria alcançado a perfeição e a verdade humana teria, finalmente, sido reconhecida na realidade.

Segundo os utópicos do liberalismo econômico os atores sociais, no exercício de sua liberdade, possuem a missão de definir o espaço que o mercado deve ocupar na sociedade.

A expansão da importância do mercado, sob o ponto de vista do racionalismo econômico, tem como catalisador um argumento liberal poderoso, que defende que a única solução para resolver as eventuais imperfeições do mercado é exatamente a sua expansão, isto, é, parte do pressuposto de que se o mercado é imperfeito, só o alargamento da sua área de influência na sociedade poderia gerar o seu aperfeiçoamento.

Com o triunfo do racionalismo, surgiu o conceito de "eficiência econômica". Os liberais colocam o acento tônico no racionalismo como denominador comum das relações interpessoais, o que segundo seus defensores, é perfeitamente compatível com a visão individualista da natureza humana, visão essa em que se baseia a utopia liberal.

Contudo, ao deixar as relações humanas entregues ao calculismo frio das transações econômicas e ao defender a expansão do mercado até onde esse mercado puder chegar - sob a ótica da eficiência -, asfixiando a sociedade e condicionando a liberdade das relações interpessoais, cria as novas empresas "funcionais" que se baseiam no intercâmbio volátil dos seus atores e na despersonalização das suas relações pessoais, efêmeras, por definição.

E, aqui está o verdadeiro paradoxo e a incoerência do liberalismo, sob o ponto de vista da eficiência econômica, quando por um lado, pretende defender a felicidade humana reforçando o espaço privado do cidadão, ao mesmo tempo em que, com a defesa do crescimento sem restrições do mercado, ameaça de morte essa mesma área privada da sociedade.

Por outro lado, o conceito ortodoxo, expresso pelo ótimo de Pareto [16], vê como eficiente uma condição onde os agentes maximizam seus resultados econômicos, ou seja, segundo VILFREDO PARETO, é eficiente, para a empresa, maximizar o lucro ou minimizar os custos de produção e, para o consumidor, maximizar a satisfação ou minimizar as despesas.

JAIRO SADDI [17], abordando a questão do ótimo de Pareto, faz a seguinte observação: "Daí porque muitos acabam entendendo que o objetivo do movimento de Direito & Economia é sobrepor a justiça pela eficiência. Isso é parcialmente falso. Quando uma mudança leva a uma situação Pareto superior, pelo menos uma pessoa

ficou melhor, sem que ninguém tenha ficado pior. O conceito do ótimo de Pareto é exatamente este: melhorar a situação de A, sem piorar a de B. Claro que se trata de um conceito econômico que não leva em consideração quem tem ou não tem razão, se a decisão prolatada é justa, equânime ou mesmo correta. Porém, a constatação de que se obteve ganho de eficiência, do ponto de vista econômico, ainda que a nova situação possa ou não ser mais eqüitativa, depende da posição relativa de quem se beneficiou. Pelo princípio da eficiência, e sem considerações morais, mudanças de regras que levem a uma situação Pareto superior são sempre desejáveis. Entretanto, uma mudança que não seja eqüitativa, no longo prazo acarreta problemas de distribuição de renda, por exemplo. Assim, eficiência e eqüidade não são necessariamente divorciadas."

Contudo, insistimos que esse equilíbrio presente na proposição paretiana, deve ser mitigado com os benefícios sociais da manutenção da atividade econômica sob o ponto de vista da manutenção do emprego, da arrecadação de tributos e da circulação de bens ou serviços.

Em última análise, com o ideal da justiça social cresceu o número de normas imperativas, as quais entendemos enquadrar-se a nova lei falimentar, destinadas a proteger a situação da parte considerada social ou economicamente mais débil e a tutelar certos valores que passam a ser considerados fundamentais. Passaremos agora a abordar a questão da crise econômico-financeira, como componente permanente dos sistemas empresariais.

3. A crise econômico-financeira da empresa: um componente permanente dos sistemas empresariais

Não obstante, tenhamos até aqui abordado a necessária mitigação do conceito de eficiência econômica com o princípio da preservação da empresa como forma de dignificação da pessoa humana, devemos destacar que a partir dos anos 70, e em um ritmo crescente, as crises econômico-financeiras das empresas deixaram de ser um fenômeno episódico, ligadas à incapacidade dos empresários e seus administradores, especialmente vinculados a um comportamento culposo ou mesmo delituoso. Passam a ser um fenômeno, recorrente, diariamente veiculado na mídia.

Nessa realidade, percebe-se a entrada de inteiros setores, e não apenas específicas empresas; empresas que a um tempo eram prósperas e bem administradas, e agora passam por perigosa e rápida redução de sua capacidade de gerar lucro.

Percebe-se, pois, que a frequência dos períodos de crise na vida da empresa se tornam constantes, caracterizando-se hoje como um fenômeno difuso, coligado ao dinamismo da instabilidade do ambiente empresarial. Este não é um fenômeno, apenas brasileiro, mas diz respeito a uma ampla gama de países economicamente desenvolvidos ou não.

Desta forma, procuraremos descrever uma série de circunstâncias e fatores que assumem particular relevância ao tema da crise, senão vejamos:

1) Devemos nos recordar, primeiramente, das variações espaciais dos níveis de custo do trabalho. Esse fenômeno anula para alguns países, vantagens concorrenciais, em decorrência dos baixos custos de trabalho (para não mencionarmos o chamado dumping social), que acreditavam alguns, teria uma dinâmica lenta de alteração. Contudo, a velocidade desse processo ocorreu rapidamente e com o desenvolvimento de países como a China, por exemplo, será cada vez mais célere;

2) Outro fator relevante diz respeito às correntes mundiais de exportação que são objeto de consideráveis e rápidas modificações em relação à entrada no mercado de novos países produtores, há um custo baixo de produção, em decorrência da mão-de-obra barata, os quais incluímos o Brasil, a China, a Coreia do Sul, Taiwan, etc..

3) Os preços do petróleo e de outras matérias primas fundamentais, nos últimos 15 anos, sofreram fortes aumentos, provocando acentuadas variações nos custos de produção e conseqüentemente amplos movimentos financeiros provocaram uma maior migração de recursos de alguns países a outros, em particular, aqueles que são demasiadamente dependentes de importação de fontes de energia e de matéria prima;

4) A instabilidade das correntes mundiais de importação e exportação acabam por refletir nos sistemas operacionais de câmbio. Essa variação constante abre e fecha mercados exportadores e modifica as barreiras alfandegárias de entrada de produtos estrangeiros. Desta forma, é comum acontecer que os mercados a um tempo acessíveis, em decorrência dos níveis favoráveis de câmbio, passam a ser inviáveis rapidamente, instalando-se a crise em determinados setores;

5) A aceleração da evolução técnica e dos rápidos processos inovativos relacionados aos processos produtivos (otimização de recursos para a maximização de resultados) são, em muitos setores, um fator extremamente relevante. A automatização ligada à computação, à robótica, à transformação do trabalho mecânico em eletrônico, são os aspectos essenciais desse fenômeno. Assim, o alto dinamismo que caracteriza os produtos (e via de regra os processos produtivos) se tornam insustentáveis para as empresas caracterizadas de uma escassa capacidade inovativa. O abreviamento do chamado "ciclo vital" dos produtos incide sobre chamado "portfoglio de produtos" de muitas empresas, impondo uma capacidade de substituição e dados de inventivos que nem sempre estão disponíveis;

6) Outro fator, não menos importante, diz respeito à constante elevação da carga tributária incidente sobre a atividade produtiva, o que asfixia a capacidade de concorrer em mercados já extremamente acirrados, proporcionando uma instabilidade econômica relevante, capaz de propiciar a quebra de empresas.

Portanto, nessas condições a empresa em crise econômico-financeira, em particular aquelas de pequeno porte, tendem a sofrer uma acentuada diminuição no mercado,

podendo ocasionar uma crise de proporções ainda maiores, afetando diretamente o aspecto social.

Por outro lado, não podemos deixar de concordar que ocorrerá somente a manutenção de empresas mais eficientes sob o ponto de vista econômico, e em razão disso, com capacidade inovativa maior ou que pelo menos tenham compreendido quais são os mecanismos de proteção aos riscos.

Nessa medida, esse acaba sendo um processo natural de seleção, no qual o resultado é um melhoramento dos níveis médios de eficiência que pode gerar o estímulo à busca de inovações tecnológicas. A bem da verdade, isso significa endereçar de forma sustentável, recursos disponíveis, muitas vezes escassos, a fim de proporcionar uma maximização de resultados.

Em reforço dessa observação, fazemos referência à posição esposada por M. BIONE [18], que discorrendo sobre a subestimação da empresa no ordenamento italiano [19], expõe o seguinte: "il ruolo secondario dell'impresa (...) risponde tuttavia all'ideologia e all'assetto di una economia liberale. Lo stato garantisce ai privati la più ampia libertà di intraprendere attività economiche e si astiene dall'intervenire nella organizzazione e nella direzione delle stesse. Il compito di discriminare le imprese in ragione della rispettiva efficienza e funzionalità è rimesso allà dinamica de mercato e alle leggi naturali della concorrenza; il fallimento consacra sul piano formale gli effetti relativi naturalmente prodotti; l'eliminazione dal mercato dell'operatore insolvente, evita la propagazione del dissesto (...)"

Partindo-se destas premissas, derivam algumas relevantes conseqüências. Se é certo que a razão social, possui enorme relevância na manutenção de empresas sanáveis, por outro lado, a política indiscriminada de proteção e de defesa a todo custo das empresas em estado de crise econômico-financeira, para superá-la e conservar os postos de trabalho é uma ilusão. O alto custo de similares interventos pode revelar-se totalmente despropositado em relação às vantagens efetivamente obtidas.

Em realidade deve-se observar atentamente e valorar-se os riscos caso a caso, para se verificar a conveniência ou não de uma intervenção de fato na empresa em crise. Isto porque, alguns interventos equivocados [20] de "salvamento" da empresa em crise, ineficiente e obsoleta, pode gerar custos sociais ainda maiores e desproporcionais que significarão a manutenção das condições de dificuldade econômico-financeira dessa empresa.

Desta forma, esses interventos, na inútil esperança de recuperar empresas de fato condenadas, podem por via oblíqua acabar colocando em risco, e contaminado empresas saudáveis, com vitalidade suficiente para competir no mercado.

Nesse sentido, NATALINO IRTI, discorrendo sobre, o que chama "luta entre competidores", descreve que toda empresa corre o risco do insucesso de sua atividade e que o próprio mercado deve acomodar situações de desequilíbrio, portanto a falência teria essa função sistêmica. Assim, nas palavras de IRTI [21], "L'istituto del fallimento

acquista così la sua propria collocazione sistematica, come fase insopprimibile del circuito competitivo. Esso va riguardato nella regolare funzionalità del mercato, e non già tenuto per eccezione ed anomalia."

Ainda nesse mesmo sentido, destacamos a posição de MARIA ISABEL CANDELARIO MACÍAS [22]: "No es necesario señalar que el 'riesgo de quiebra' constituye un elemento esencial en las relaciones comerciales junto con el conocimiento de las normas aplicables a las empresas, de ahí que tal riesgo quizás deba ser asumido por todo empresario sin necesidad de acudir a la intervención estatal perturbadora de la competencia. Creemos en la idea que el riesgo es consustancial con la economía de mercado, y por ello es necesario mantener un cierto grado de inseguridad que obligue a una dinámica competitiva en el sistema, ya que en caso contrario, el salvamento de una empresa en crisis podría favorecer las actuaciones irresponsables y de competencia desleal, y resultaría intolerable el derecho de quien abusa de la libertad para acogerse a la solidaridad de la sociedad y de los contribuyentes, puesto que deberá evitarse que el saneamiento de la empresa en crisis afecte al eficiente funcionamiento del sistema de mercado como asignador de recursos. Tampoco sería admisible si la empresa de grandes dimensiones está hasta tal punto arruinada y resultará insanable, y las ventajas consiguientes de la continuación del complejo empresarial se preanunciarán irrisorias. Sin embargo, se podría defender la conservación de la empresa siempre y cuando tal conservación cumpla su función sólo en presencia de determinados condicionantes, tales como que el sacrificio de ciertos acreedores no sea desproporcionado, o de su mantenimiento se deriven posibles beneficios para el pago de los acreedores. No obstante y en nuestra opinión, esta intervención debe constituir una solución última y desesperada en la medida en que, la solicitud de salvamento público se formule una vez desatendidas las solicitudes de salvamento privado o, lo que es lo más frecuente, a las entidades crediticias y financieras privadas y siempre que existan posibilidades reales de salvamento sin excesivos costes."

A decisão pela recuperação da empresa, portanto, em nossa opinião, deve estar fundada em uma prévia e profunda verificação das causas que levaram à crise, dos instrumentos idôneos para a reestruturação empresarial e respectivos custos, inclusive sociais, e por último, da avaliação da possibilidade de sucesso em relação aos resultados esperados na intervenção. A análise criteriosa da crise e o plano de recuperação são, pois dois momentos essenciais deste necessário processo de verificação.

4 Da recuperação de empresa no Brasil

Uma coisa é a empresa ter atingido uma irreversível inviabilidade econômica, outra, assaz diversa, é atravessar conjuntamente uma crise passível de superação.

Tratar com a mesma panacéia as duas hipóteses é divórcio da realidade, ou seja, é incluir num único saco, realidades completamente distintas; é arredo do verdadeiro cerne da questão; é, em síntese, prejudicar gregos e troianos.

Todavia, o que a novel legislação bem separa, foi até pouco tempo, objeto de similar tratamento: passível ou não de recuperação, a falência constituía a vala comum da empresa cujo passivo superava seu ativo.

Percebe-se que esse status quo é superado com a promulgação da nova lei falimentar. O processo comum de execução, como o processo falimentar, deixaram de responder in totum à vida concreta do vigente universo empresarial.

Deve-se salientar que agora, para além do binário credor/devedor, surgem outros interessados: os dadores de trabalho, ou seja, aqueles que ao concederem ao trabalhador a possibilidade de emprego, executam função social importantíssima, capaz de gerar e manter a atividade econômica e, por consequência, o desenvolvimento econômico e social do país.

E mais: a empresa atual não constitui apenas o instrumento jurídico da atividade lucrativa dos sócios ou uma fonte abastecedora da remuneração dos trabalhadores. Com maior ou menor preponderância, a empresa passou a ser peça fundamental da atividade produtiva nacional e um decisivo elemento, quer de economia regional, quer da vida local. Desta forma, a eliminação judicial da empresa representa uma verdadeira agressão ao equilíbrio social, de que o Estado não poderá se desinteressar.

Por outro lado e ainda, a liquidação advinda de um processo de falência, não contempla a possibilidade de uma recuperação econômica mediante o recurso à utilização das mais diversas formas de auxílio financeiro e de assistência técnica.

Daí surge, a pertinência da introdução no nosso ordenamento jurídico, com caráter sistemático e coerente, de um direito pré-falimentar, intencionalizado à recuperação da empresa e à adequada proteção dos credores; com isso, obviamente, haverá a tutela dos interesses dos trabalhadores.

Resta, pois, a falência para as empresas com situação econômico-financeira irremediável, deixando o processo de recuperação reservado a todas quantas se encontrem em condições de sobrelevação de crise.

Contudo, vale ressaltar a observação de FÁBIO ULHOA COELHO [23], quanto à recuperação da empresa em crise "a questão (...) tem recebido respostas diferentes dos direitos que dela se ocuparam. Até o momento, por exemplo, não está em pauta na Comunidade Européia nenhuma proposta de harmonização da disciplina jurídica sobre a matéria. No tema relacionado à crise das empresas, a Europa limitou-se a aprovar regras de competência jurisdicional para os procedimentos falimentares [24], que entraram em vigor em 2002."

E, ainda, o autor conclui o raciocínio: "Como se vê, cada direito procura seus próprios caminhos no emaranhado da difícil questão da recuperação das empresas em crise. A grande diversidade das respostas dadas parece sugerir que ninguém tem a solução para o problema. E talvez não haja quem saiba mesmo o que fazer quando o assunto é a superação 'fora do mercado' do estado crítico de uma atividade empresarial."

5. Hipóteses concretas na novel legislação de estímulo à preservação da empresa e conseqüente dignificação da pessoa humana

Objetivamente, no que se refere à preservação da empresa cumpre destacar, como forma de contribuição à discussão doutrinária, dispositivos previstos na novel legislação que entendemos adequados à tese, ora guerreada, bem como alguns dispositivos que afrontam tal princípio.

1) O artigo 27, II, alínea "c", prevê uma atuação direta e objetiva do Comitê de Credores [25], que possui função fiscalizatória [26], primeiro na defesa dos seus interesses próprios e de seus pares, e segundo, numa perspectiva mais ampla e conseqüente, de preservação da unidade produtiva.

Isso ocorre, pois a lei determina que, na hipótese excepcional de nomeação de gestor judicial em decorrência do afastamento do devedor, autorizado pelo juiz, o Comitê poderá promover a alienação de bens do ativo permanente, constituição de ônus reais e outras garantias e a assunção de dívidas necessárias à continuação da atividade econômica, como medidas de urgência para o período que antecede a aprovação do plano recuperatório.

2) Depois, encontramos como principal mecanismo legal de preservação da empresa, o artigo 47 da LFRE que demonstra o espírito paradigmático da conservação da unidade produtiva, quando supera a idéia paternalista [27] da concordata, que previa a hipótese de concessão de um "favor legal" (pelo Estado) ao comerciante que, preenchidos determinados requisitos legais, obrigava, nas palavras do art. 147 do Dec.-Lei 7.661/45, todos os credores quirografários à sujeição das condições estabelecidas pelo concordatário e aprovadas pelo juízo competente.

Essa profunda alteração conceitual se percebe quando analisamos a redação do artigo em comento que dispõe que, o objetivo precípua da recuperação judicial é "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." (grifos nossos)

Nota-se que o Estado deixa de conceder um favor legal e passa a auxiliar o devedor propondo a viabilização da superação da crise, como forma de exercício do legítimo interesse social. Algo que nos parece, completamente distinto, pois deixa ao arbítrio

dos credores em compasso com o devedor, ou seja, a quem possui legítimo interesse, a discussão quanto ao mérito da dívida global e a possibilidade de seu equacionamento.

3) O artigo 49, por sua vez, ampliou a gama de credores sujeitos à recuperação judicial, o que pode viabilizar a superação da crise econômico-financeira, uma vez que o devedor pode controlar melhor a negociação e o pagamento dos credores sujeitos aos efeitos do plano recuperatório. Algo que na legislação passada não era possível diante da concordata, pois, como já dissemos, lá apenas os credores quirografários se sujeitavam aos seus efeitos, o que engessava a recuperação da empresa.

4) O artigo 50 é outro exemplo importante de estímulo à preservação da empresa, pois apresenta um amplo rol exemplificativo (não exaustivo) de hipóteses de reorganização societária, sem limitá-lo a outras soluções possíveis [28]. O que nos parece acertado. Nesse sentido, houve um grande avanço em relação à legislação passada, pois o modelo na concordata era tão rígido, que na prática inviabilizava a condução da recuperação da empresa levando uma maioria esmagadora à falência.

* Head of the Business Reorganization Team; Felsberg, Pedretti, Mannrich e Aidar, Advogados e Consultores Legais; Doutor e Mestre em Direito Comercial pela PUC/SP; Especialista em Direito Empresarial pela Università degli Studi di Bologna; Presidente e sócio fundador do Instituto Brasileiro de Direito Empresarial – IBRADEMP; Membro Efetivo da Comissão de Fiscalização e Defesa do Exercício da Advocacia da OAB/SP

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10922>> Acesso em: 15ago. 2008.