

DIREITO SOCIETÁRIO E DIREITO CONCURSAL: O INTERESSE SOCIAL E A
EVOLUÇÃO DO DIREITO CONCURSAL NO BRASIL

DIRITTO SOCIETARIO E DIRITTO DEI CONCORSO DEI CREDITORI: INTERESSE
SOCIALE ED EVOLUZIONE DEL DIRITTO DEI CONCORSO DEI CREDITORI IN
BRASILE

Alexandre Bucci¹

Queila Rocha Carmona dos Santos²

RESUMO

O tema desta pesquisa é a evolução histórica do Direito Concursal, delimitando-se na evolução do sistema jurídico concursal brasileiro, com a abrangência das profundas alterações trazidas pela Lei nº 11.101/05. Objetiva-se abordar além da evolução cronológica do instituto, as sensíveis e importantes mudanças de concepção que propiciaram um tratamento mais humano e racional para o devedor comerciante sujeito à execução concursal, chegando-se até a referida tutela de preservação do núcleo empresarial, tendo em vista que, nos dias atuais, temos como justificável a intervenção estatal, de modo a corrigir distorções de mercado e propiciar o saneamento que mantém vivo o ente produtivo que se mostra útil, em última análise, a toda sociedade. A técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica e documental a partir dos métodos dedutivo e histórico-evolutivo, aderindo à teoria da função social da empresa para interpretação do objeto.

PALAVRAS CHAVE: Direito Concursal. Evolução Histórica. Interesse Social. Empresa.

SINTESI

Il tema di questa ricerca è l'evoluzione storica di Diritto dei Concorso dei Creditori, delimitando in l'evoluzione del sistema giuridico dei concorso dei creditori brasiliano, compresi i profondi cambiamenti introdotte dal legge nº 11.101/05. L'obiettivo è affrontare, oltre lo sviluppo cronologico dell'istituto, sensibili e

¹ Especialista em Direito Público, Direito do Consumidor e Direito dos Contratos. Mestrando em Justiça, Empresa e Sustentabilidade pela Universidade Nove de Julho - UNINOVE. Juiz de Direito.

² Especialista em Direito Tributário e Mestranda em Justiça, Empresa e Sustentabilidade pela Universidade Nove de Julho - UNINOVE. Bolsista CAPES/PROSUP. Advogada.

importanti modifiche di concezione che hanno favorito un trattamento più umano e razionale per il soggetto debitore commerciante esposti a esecuzione dei creditori, arrivando tale protezione la preservazione dell'impresa nucleo, considerando che, oggigiorno, è giustificato l'intervento dello Stato, per correggere le distorsioni del mercato e propiziarsi la riparazione che mantiene l'entità produttiva che dimostra di essere utile, in definitiva, l'intera società. La tecnica utilizzata è la bibliografica e documentaristica, dai metodi deduttivo e storico-evolutiva, aderendo alla teoria della funzione sociale della società per l'interpretazione dell'oggetto.

PAROLE CHIAVE: Diritto dei Concorso dei Creditori. Evoluzione Storica. Interesse Sociale. Impresa.

INTRODUÇÃO

A evolução histórica recente da ciência do Direito no Brasil, aos olhos do observador externo, em tese, poderá parecer paradoxal e contraditória, caso não se atente para as duas tendências que à primeira vista se revelam opostas, quais sejam: a tendência da fragmentação das fontes ou descodificação com a constitucionalização de novos sujeitos de direito e a tendência de unificação das fontes por meio da unificação das obrigações civis e comerciais, valorizando-se a imposição de deveres *ex vi lege*, mediante a adoção de cláusulas gerais transversais por todo o ordenamento jurídico.

De tal sorte, falar na necessária interface que se identifica e que efetivamente existe entre o Direito Societário e o Direito Concursal, para chegarmos a uma análise evolutiva deste último no decorrer do tempo, em especial no Brasil, implica considerar que o Direito Comercial, como um todo, passa por momento rico, de nova contextualização da disciplina, o que se dá, por exemplo, por conta da recente realização da I Jornada de Direito Comercial no E. Superior Tribunal de Justiça.

Muitos dos cinquenta e sete Enunciados aprovados em 2012 na aludida Jornada trataram da recuperação judicial, medida legal que tem o objetivo de tentar evitar a falência da empresa, mediante apresentação, em juízo, aos seus credores, de um plano para quitação da dívida.

O Enunciado de número 44, por exemplo, diz: “A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade”.

Já o Enunciado 46 afirma que “não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores”, enquanto que o Enunciado 54, por seu turno, registra que “o deferimento do processamento da recuperação judicial não enseja o cancelamento da negativação do nome do devedor nos órgãos de proteção ao crédito e nos tabelionatos de protestos”.

Com efeito, as constantes mudanças verificadas na economia mundial e nacional também contribuíram para esta revitalização do Direito Comercial, pese embora após o advento do Código Civil de 2002 muitos doutrinadores o considerassem fadado ao desaparecimento.

No plano jurídico, a adesão do Direito Comercial ao paradigma dos princípios, significa ter a disciplina em questão reconhecido, que a partir da Constituição Federal de 1988, os princípios são tratados como norma, vale dizer com força normativa fundante, justificando ainda, a edição de outras normas.

Cabe, pois, ao Direito Comercial, unir-se de maneira taxativa e definitiva ao paradigma dos princípios, ainda que respeitados seus princípios particulares e próprios, para assim renascer e atuar de forma marcante como instrumento de tutela das relações empresariais.

Neste contexto, importante dizer que a teoria da atividade empresarial surge a partir do Direito Canônico, sendo transposta para o mundo jurídico moderno a partir de teorias *pandectistas* de juristas alemães, sob o prisma da limitação da responsabilidade dos sócios, ou seja, sob o prisma do respeito à obrigação calcada na vontade e nos limites do investimento.

Como é sabido, a mencionada escola *pandectista* alemã era vinculada à escola dita exegética, que afirmava que todo o Direito estava contido na lei.

O objetivo era a formulação de saber jurídico fundado na formulação de conceitos organizados.

A busca por tal estruturação levou não somente ao *BGB*, como também trouxe o germinar de uma denominada parte geral, a partir de então, inserida em um processo codificatório.

Já no início do século XXI, parece evidente que a limitação da responsabilidade do sócio não mais pode ser vista como outrora, ou seja, de forma liberal pura e dissociada do tecido social, ante a evidente alteração de valores sociais, devendo hoje prevalecer a vinculação da limitação da responsabilidade dos sócios como corolário da garantia

constitucional da livre iniciativa em consonância com os objetivos sociais do núcleo empresarial.

O Direito Comercial moderno protege, ainda que à primeira vista não se afigure muito visível, interesses ditos *metaindividuais* e não meramente interesses privados.

O “*rule of Law*” serve, pois, para estimular a atividade empresarial e contribui para a diminuição das avaliações de risco.

Por tal motivo, falar em função social da empresa nos leva a recordar os pensamentos do jurista Fábio Konder Comparato, o qual mencionava ser a função social da empresa uma decorrência da função social da propriedade, o que, por óbvio, passa pelos bens de produção (empresa).

Cumpre, pois, sua função social, a empresa que, em busca do lucro lícito, respeita o meio ambiente, gera empregos, não afronta aos direitos do consumidor e paga tributos, atendendo aos referidos interesses *metaindividuais* que gravitam em torno de sua existência.

No moderno Direito Concursal, a organização empresarial deve ter sua preservação garantida por lei para atender à sua função social, sendo este um princípio tutelado como valor em si mesmo (Artigo 47 da Lei de Recuperações e Falências).

Isto não significa, entretanto, que a falência seja um mal em si mesmo, na medida em que nem toda a empresa merece efetivamente ser preservada. Apenas as empresas tidas como viáveis devem ser objeto de recuperação, pois, somente estas são capazes de proporcionar retorno à sociedade.

Em razão de tal entendimento, o plano de recuperação de empresa que se encontre em crise econômico-financeira não pode, por exemplo, propor o pagamento do passivo em prestações a serem cumpridas por longos anos e em valores ínfimos considerados em proporção aos créditos que lhe foram concedidos em sua atividade empresarial, o que significa afirmar que o plano não pode acarretar aos credores sacrifícios superiores aos que eles suportariam no caso de falência da devedora.

A recuperação da empresa só pode e deve ser deferida se a empresa devedora mostrar que não se encontra em situação de falência.

Obviamente, se a empresa devedora pede um prazo muito longo para iniciar os pagamentos das parcelas propostas, e se o percentual a ser pago mostra-se vil ou iníquo, tal situação evidencia que a empresa não pode ser considerada recuperável por suas próprias forças, mas sim, pelo sacrifício excessivo imposto de forma injusta àqueles que lhe deram

crédito, por acreditar que ela cumpriria a palavra empenhada, o que não se justifica e não merece tutela jurisdicional favorável.

Tal afirmativa se ajusta perfeitamente aos conceitos expostos no trabalho intitulado "Mercado e Responsabilidade", de Denis Lerrer Rosenfield, professor na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Ao cuidar do capitalismo, afirma mencionado professor que:

[...] O seu princípio, do ponto de vista moral, é a responsabilidade, cada um arcando com as consequências de suas ações, não cabendo transferência de responsabilidades. Maus negócios não são assegurados pelo Estado, mas de inteira responsabilidade dos que tomaram tais decisões, não cabendo ao contribuinte pagar por isso. As forças pró-mercado teriam, então, como contraparte a responsabilidade moral. (...) A dimensão ética do capitalismo está na liberdade, na responsabilidade, na meritocracia, na recompensa do trabalho e do esforço, o que significa dizer que cada um deve arcar com as consequências de suas ações. Ou seja, não cabe a alguns ficar com os lucros e socializar os prejuízos [...].

No regime de livre iniciativa clássico, a recuperação judicial seria instituto inadmissível, porém, nos dias atuais, temos, destarte, como justificável a intervenção estatal, de modo a corrigir distorções de mercado e propiciar o saneamento que mantém vivo o ente produtivo que se mostra útil, em última análise, a toda sociedade.

Postas tais indispensáveis considerações introdutórias, registre-se que o presente estudo tem por temática principal a evolução histórica do Direito Concursal, delimitando-se na evolução do sistema jurídico concursal brasileiro, com a abrangência das profundas alterações trazidas pela Lei nº 11.101/05.

Considerando, pois a evolução do Direito Concursal e a transformação da empresa em uma instituição de fundamental importância para manutenção do desenvolvimento da sociedade no atual cenário da pós-modernidade³, pergunta-se: o vigente ordenamento jurídico brasileiro prevê mecanismos eficientes para proteção da atividade empresarial, bem como dos interesses fundamentais que norteiam tal atividade?

A partir de uma análise teórica inicial da evolução do Direito Concursal é possível investigar a hipótese que sim, pois o atual ordenamento jurídico brasileiro, em especial a Lei nº 11.101/05, aliado ao controle de legalidade desempenhado pelo Poder Judiciário buscam promover, por meio do princípio da recuperação econômica da empresa, a preservação da

³ Pós-modernidade é uma expressão controversa, mas utilizada para se referir ao atual contexto histórico, isto é, o momento caracterizado pelas mudanças no comportamento, valores e modos de vida da sociedade, pelas incertezas e riscos inerentes ao desenvolvimento, em que predomina o capitalismo e o consumo. A respeito de pós-modernidade consultar Zygmunt Bauman, *Modernidade Líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

atividade empresarial e sua função social, bem como, da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores.

Justifica-se esta pesquisa em razão da relevância do instituto em comento, pois a empresa no gozo de suas atividades, cumprindo com suas funções, dentre outros fatores, contribui para o bem estar social, socializando de algum modo os resultados positivos.

E para que se possa chegar às conclusões de maneira satisfatória e útil, objetiva-se abordar além da evolução cronológica do instituto, as sensíveis e importantes mudanças de concepção que propiciaram um tratamento mais humano e racional para o devedor comerciante sujeito à execução concursal, chegando-se até a referida tutela de preservação do núcleo empresarial.

Portanto, a técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica e documental a partir dos métodos dedutivo e histórico-evolutivo, aderindo à teoria da função social da empresa para interpretação do objeto.

1. A LINHA EVOLUTIVA DO OUTRORA DENOMINADO DIREITO FALENCIAL

Quando se estuda a evolução do sistema falimentar, para que se possa bem compreender a sistemática atual, é indispensável mencionarmos alguns períodos da história que contribuíram para o desenvolvimento deste instituto, os quais exerceram grande influência na legislação de nossa época, representando um verdadeiro legado para o Direito Concursal atual.

Devemos atentar, destarte, para os períodos referentes ao Direito Romano, à Idade Média e ao Código Napoleônico.

1.1. Direito Falencial em Roma

Nos primórdios da civilização romana, o devedor insolvente respondia por suas dívidas com sua liberdade ou honra, quer, até mesmo, com seu corpo e sua vida.

Vale dizer, não cumprindo a obrigação, dava-se o aprisionamento do devedor por prazo de sessenta (60) dias, facultando-se ao credor o direito de manter o falido em cárcere privado.

Assim o era, pois, em Roma, eram realizadas, de nove em nove dias, as feiras e a elas o devedor era levado pelo credor por três vezes consecutivas, na esperança de que um terceiro surgisse e se responsabilizasse pelo inadimplente.

Na hipótese de não surgimento de um terceiro comprador, o devedor era vendido como escravo ou condenado à morte.

Em seu manual de Direito Falimentar, Sampaio de Lacerda (1959, p. 26), leciona que:

[...] O devedor estabelecia com o credor um contrato denominado “*nexum*”, no qual o inadimplente, sem recursos para solver sua dívida antes de se iniciar contra ele a execução, obrigava-se, voluntariamente, a prestar serviços ao credor como escravo, a fim de, com seu trabalho satisfazer a dívida, eximindo-se da responsabilidade contraída [...].

Na antiga Roma, todos os devedores que não conseguiam solver seus débitos frente aos credores eram denominados *decoctores*, cuja origem latina (*coquere*) remetia à ideia de cozer, queimar.

Portanto, *decoctor* era aquele que havia queimado seus bens e seu negócio de forma perdulária, causando com isso prejuízo aos seus credores.

A Lei das XII tábuas ainda concedia o direito ao desmembramento do corpo do devedor de forma proporcional à quantidade de credores.

Todavia, não há qualquer precedente histórico que demonstre a aplicação de tão drástica sanção à pessoa do devedor.

Conforme Dílson Dória (1991, p. 156):

[...] Semelhante poder de vida e morte sobre o devedor é, no entanto, contestado por muitos romanistas que não viam na faculdade senão o caráter místico de que se revestia. Outros, porém, entenderiam que o poder traduzido em lei era para ser aplicado em toda a sua amplitude. Mas tanto um quanto outro asseverariam que a história não registra caso de incidência de tão cruel norma [...].

Autores modernos afirmam que o que se partia não era o corpo do devedor, mas sim o valor obtido com a sua venda. O fundamento da execução corpórea, como forma de sanção ao devedor inadimplente, devia-se ao fato de que o regime de propriedade à época era coletivizado.

Com isso, forçava-se à intervenção do grupo ligado ao devedor por laços de parentesco a angariar fundos para pagar as suas dívidas.

Em razão dos excessos advindos da aplicação da pena imposta ao devedor inadimplente, foi editada a *Lex Poetelia Papíria*, de 326 a.C., que aboliu a venda do devedor como escravo, devendo as restrições recair apenas sobre o seu patrimônio, notando-se clara mudança de percepção, capitaneada por sentimentos humanitários.

Já de acordo com Wilson de Souza Campos Batalha e Silvia Marina Labate Batalha (1991, p. 39):

[...] A *Lex Poetelia* teve por objetivo retirar ao procedimento das XII Tábuas o seu caráter penal, mitigando as consequências exorbitantes da *manus injectio* e limitar o caráter privado do processo, aumentando a ingerência do magistrado [...].

Por seu turno, Dinamarco (1997, p. 43-44) esmiuçou o alcance da *Lex Poetelia* ao aduzir:

[...] com a *Lex Poetelia* do ano 326 a.C, a qual ditou várias normas atenuadoras do sistema então vigente, a saber: a) proibiu a morte e o acorrentamento do devedor; b) institucionalizou o que antes era simples alternativa oferecida ao credor, ou seja, a satisfação do crédito mediante a prestação de trabalhos forçados; c) permitiu que o executado se livrasse da *manus injectio*, repelindo a mão que o prendia (*manum sibi depellere*) mediante o juramento de que tinha bens suficientes para satisfazer o crédito (*bonam copiam jurare*); e, acima de tudo isso, (d) extinguiu o *nexum*, passando então o devedor a responder por suas obrigações com o patrimônio que tivesse, não mais com o próprio corpo (*pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset*). Estava aberto o caminho para eliminar a execução corporal [...].

Em termos históricos, a edição desta lei representou o rompimento com o período das *legis actionis* do direito romano (período arcaico), que se caracterizava pelo extremo valor que se dava à forma como os atos processuais eram exarados, mesmo que essa fosse totalmente dissonante com o íntimo querer das partes.

E conforme ensinamentos de Roberto de Ruggiero (1999, p. 35):

[...] não é possível compreender grande parte das normas atuais sem o subsídio dos precedentes romanos. Isto não quer dizer que a matéria não tenha sofrido modificações por influência do direito intermédio; às vezes mesmo muito profundas. Desapareceu o rigoroso formalismo que impedia à vontade criar vínculos sem a observância de formas solenes e determinadas; a princípios mais restritivos substituiu-se o novo, a vontade manifestada de modo vulgar e o simples consenso [...].

Para que se avalie o rigor do formalismo então dominante, observe-se que de acordo com o quanto narrado pelo jurista romano Gaio, numa Ação em que uma pessoa era acusada de cortar de forma indevida os galhos de uma videira, o autor perdeu a Ação por ter

utilizado o termo “videira” em desacordo com a expressão genérica “árvore” prevista na Lei das XII Tábuas.

Com o advento do período formulário, que substituiu substancialmente os preceitos do período anterior, os procedimentos passaram a ser predominantemente orais e divididos em duas fases distintas; *in iure* e *in iudicio*.

De acordo com Adauto de Souza Castro e Edson Crochiquia (1969, p. 50):

[...] No período Clássico, o processo judiciário formal, solene e oral da Lei das XII Tábuas é substituído pelo processo formular, graças à Lei Aebutia e às Leges Juliae do tempo de Augusto. Esse processo é escrito e apresenta duas fases: uma perante o Magistrado e outra perante o Judex ou Jurado. A primeira é *in iure* e a segunda *Apud Judicem*. O magistrado ouve o interessado e redige a fórmula que conclui por uma alternativa- ou isto ou aquilo. A fórmula é levada ao Judex ou jurado que, então, decide. A decisão chama-se sentença e tem força de lei para as partes [...].

Cumprido asseverar que, todos os atos processuais eram realizados em Audiência, sendo que a apresentação das provas competia à parte que alegava o direito, podendo o juiz apreciá-las e valorá-las livremente.

É neste período que foi criada a chamada *Missio in bona* ou *Missio in possessionem* que consistia numa Ação proposta pelo credor em face do devedor, fosse ele comerciante ou não, que tinha a finalidade de tirá-lo da posse de seus bens, transferindo-os a um curador indicado pelo magistrado.

Este curador, além de possuir a incumbência de administrar estes bens, passados trinta (30) dias sem que o devedor saldasse suas dívidas, ele deveria proceder à venda dos mesmos ao melhor ofertante e, com o produto obtido, pagar os credores.

Caso fosse de sua preferência, o devedor poderia fazer uso da *cessio bonorum*, criada pela Lex Julia Bonorum, onde este transferia os seus bens para pessoa do credor que, juntamente com o curador, procedia à venda dos mesmos com posterior rateio do apurado com os demais credores.

Por meio desta Ação, o devedor se desvencilhava da execução pessoal, da situação de infâmia gerada pelo não cumprimento de suas obrigações frente aos credores, além de reservar parte deste acervo para o atendimento de suas necessidades básicas.

Para alguns doutrinadores, a *bonorum cessio* representa a origem primitiva da concordata preventiva da falência.

1.2. Direito Falencial na Idade Média

Temos relatos históricos na doutrina (SAMPAIO, 1959, p. 30) no sentido de que:

[...] Durante toda a Idade Média foi o devedor considerado criminoso em razão de sua situação de insolvência. As penas atribuídas aos falidos eram muito rigorosas, derivadas do fato de que a falência era considerada um delito. Por isso, quase sempre o devedor procurava todos os meios lícitos e ilícitos para evitar a ação dos credores; e quando fosse impossível, fugia [...].

A falência poderia ocorrer por três hipóteses: em caso de fuga do devedor, a requerimento do credor ou a pedido do próprio devedor, fosse este comerciante ou não. O credor, no momento de requerer a falência, tinha a obrigação de provar o seu crédito e demonstrar a insolvência do devedor.

Dito de outro modo, uma vez pronunciada a falência, os credores, reunidos em assembleia, nomeavam os síndicos e assumiam a administração da falência.

Neste contexto, nesta fase do processo falimentar poderia ocorrer até o sequestro de bens do falido para satisfazer aos interesses dos credores.

Além disso, ocorria o vencimento antecipado de dívidas a prazo, a privação do falido da administração de seus bens e a distribuição de dividendos proporcionais à importância dos créditos.

Os credores eram convocados a se apresentarem, comprovando seus créditos, sendo graduados de acordo com as preferências determinadas, cabendo em alguns estatutos decidir sobre a existência dos privilégios para estabelecer a ordem creditória.

Podemos então inferir que o instituto da falência, apesar de alguns retrocessos, evoluiu de forma vigorosa no período.

É desta época que se originam os critérios de universalidade da falência, da *par conditio creditorum*, da possibilidade de concordata pelo voto majoritário dos credores e da irrelevância dos atos praticado pelo falido independente de prova de fraude.

De acordo com Carvalho de Mendonça (1934, p. 19):

[...] O velho direito italiano foi, pode-se dizer, o laboratório da fallencia moderna. Estabeleceu a designação normal dos syndicos; o sequestro dos bens e livros do devedor; o balanço; o exame de livros e contas; a verificação do activo e passivo; a publicidade da fallencia; o vencimento antecipado das dividas a prazo; o período suspeito; a privação do fallido da administração de seus bens; a distribuição de dividendos proporcionaes á importância dos créditos, salvo as preferências hypothecarias e privilegiadas; a prestação de alimentos ao fallido em certos casos; o

accordo entre o fallido e os syndicos representantes dos credores e approvato pela maioria destes, obrigando a todos os outros ausentes e dissidentes; a cessão de bens concedida aos fallidos casuaes, etc.etc [...].

Quanto à condição jurídica do falido, havia até mesmo a previsão de privação do direito à cidadania e outras determinações legais impeliram-no a usar o “boné verde dos falidos” a fim de que todos pudessem reconhecer um comerciante que foi bancarota.

1.3. Direito Falencial no Código Napoleônico

Ao invocar Andrade (s.d., p. 48) frise-se que as novas tendências concernentes ao direito falimentar que surgiram na França no século XIX foram incorporadas ao Código Comercial francês de 1808.

[...] Embora Napoleão entendesse a falência de um modo diverso, seus conselheiros já consideravam o falido como uma pessoa que “nafragou” vítima de um destino desfavorável [...].

Logo, a intenção de punir o devedor de maneira arbitrária e desumana começa a ser afastada pelos legisladores.

Todavia, Napoleão propugnava por uma punição mais severa do falido, admitindo determinadas penas que conferissem ao devedor um aspecto de abatimento e tristeza.

O rigor da punição era importante para Napoleão, mas a indispensabilidade de aplicação da pena era fator preponderante para a eficácia da punição.

Para o referido governante, o falido deveria ostentar em sua face o estigma da culpa para com os credores, sendo o delito um conceito presente em qualquer situação falimentar.

Em suma, Napoleão não admitia os castigos cruéis contra o falido, visava, preponderantemente, à realização do patrimônio do falido, aplicando-se concomitantemente uma pena ao falido. De tal sorte, buscava-se a punição do devedor através da privação de usufruir o seu patrimônio, o qual permanecia indispensável para o seu titular até a satisfação completa dos credores do falido.

Apesar dessa interpretação “moderna” do instituto, a humilhação sofrida pelo falido e seu sentimento de culpa ante os credores eram, igualmente, indispensáveis como forma de punição, pois a sanção deveria ser exemplar, servindo de exemplo para que os outros membros daquela comunidade evitassem atingir o estado falimentar.

2. DIREITO CONCURSAL NO BRASIL

Tal qual exposto nas linhas acima, possível concluir que a relação empresarial sempre acompanhou as relações humanas, desde os tempos e métodos mais rudimentares, nos quais havia a necessidade de intercâmbio de bens e produtos, até os dias atuais, em que o mercado reclama, continuamente, a prática comercial e empresarial.

Há alguns anos já vivenciamos um tempo em que o destino guardado para o comerciante que não alcançasse o sucesso em suas transações comerciais era o fim de suas atividades e a remoção de sua empresa da sociedade.

Entretanto, isto não mais se coaduna com a ordem democrática e com a valorização da função social do ente empresarial moderno, de modo que, o advento da Lei nº 11.101/2005 (Lei de Recuperação de Empresas e Falências) após anos de trâmite no Congresso Nacional, consagrou a permanência da empresa em crise no mercado e introduziu meios de superação do ente econômico, dos quais o empresário poderá lançar mão para assegurar sobrevivência útil à sua empresa em crise.

Contudo, por óbvio, nem sempre foi assim, fazendo-se então necessária uma abordagem evolutiva do Direito Concursal no Brasil, passando-se pelo Brasil Colônia e pelo Brasil Imperial, chegando-se finalmente ao período republicano e às inovações constantes da atual Lei de Recuperações e Falências.

2.1. Falência no Brasil Colônia

A coroa portuguesa, por todos os meios, buscava proteger o comércio contra os riscos e malefícios advindos da quebra.

Enquanto colônia de Portugal, as Ordenações do Reino eram aplicadas integralmente no Brasil, inclusive às matérias relativas à falência do devedor.

As ordenações Afonsinas, que após serem revistas pelo Rei D. Manuel passaram a ser denominadas Ordenações Manuelinas, regulavam o concurso de credores quando o patrimônio do devedor era insuficiente para saldar seus débitos.

Nessa fase da execução concursal, a lei privilegiava o crédito do primeiro exequente, sendo que o devedor era levado à prisão. Para se evitar o encarceramento, a lei concedia ao devedor a prerrogativa de fazer a cessão de todos os seus bens.

Com o surgimento das Ordenações Filipinas, face à submissão do Reino de Portugal à Espanha, aliado ao desenvolvimento das atividades mercantis no Brasil Colônia, inicia-se o delineamento dos preceitos do Direito Falimentar.

As ordenações Filipinas, no que diz respeito ao direito falimentar, tinham como preceito básico a punição severa ao comerciante fraudulento.

Todavia, a sua grande contribuição para o direito falimentar moderno foi o de criar consequências distintas para a falência culposa e a inocente, não sujeitando esta última modalidade de devedor a qualquer espécie de sanção penal.

Na concepção de Amador Paes de Almeida (2006, p. 07-08):

[...] Adotados os princípios consagrados na Lei de 8 de março de 1595, as Ordenações Filipinas de 1603, que abrangiam Espanha e Portugal, que à época integrava o Reino de Castela, e, por via de consequência, o Brasil Colônia, consagravam, pela primeira vez entre nós, a quebra dos comerciantes, fazendo nítida distinção entre mercadores “que se levantavam com fazenda alhea” e os que caíssem “em pobreza sem culpa Sua”, equiparando os primeiros aos ladrões públicos, inabilitando-os para o comércio e impondo-lhes penas que variavam do degredo à pena de morte, não incorrendo em punição os segundos, que podiam compor-se com os credores” [...].

De acordo com a lei, a conduta a ser seguida pelo devedor honesto era a de informar imediatamente a Junta assim que percebesse que não iria conseguir saldar todos os seus débitos integralmente.

Após essa confissão, o devedor deveria entregar as chaves do estabelecimento e do livro “diário”, sob pena de ser considerada fraudulenta a quebra. Posteriormente, a Junta nomeava dois deputados que, juntamente com um Procurador e o escrivão do Juízo da Conservadoria do Comércio, se dirigiam ao estabelecimento do falido a fim de apurar todos os haveres ali existentes.

Finda a diligência, aquilo tudo que fora arrecadado era entregue à Junta que nomeava um depositário, que tinha as seguintes incumbências: tornar pública a quebra através dos meios de comunicação, verificar se ela era fraudulenta ou não, estabelecer a ordem de pagamento dos credores e marcar data para a venda dos bens em leilão.

2.2. Falência no Período Imperial

Proclamada a independência do Brasil, a lei de 30 de outubro de 1823 mandou

aplicar a lei de Falências de Portugal à novel nação que fora recém-emancipada. Aludida lei determinava que se observasse a “Lei da Boa Razão”, ou seja, o Alvará de 18 de agosto de 1769 que, em um de seus preceitos, recomendava a aplicação subsidiária das “leis das nações civilizadas”, de onde se deu preferência aos ditames preconizados pelo Código Comercial Napoleônico de 1807.

No ano de 1850, foi publicado o Código Comercial e sua terceira parte era dedicada às Quebras. Nesse período, o que caracterizava a falência era a cessação dos pagamentos. Com o Código, bastante criticado por ser dispendioso, além de não atender aos interesses imediatos do falido e dos credores, inicia-se a uma fase histórica do instituto da falência que se estenderia até o advento do regime Republicano.

Conforme Lincoln Prates, citado por Maria Celeste Morais Guimarães (2001, p. 53-54):

[...] 1) O processo era lento, complicado e dispendioso, prejudicando, a um tempo, credores e devedor. 2) O Código dava maior relevo e importância à apuração da responsabilidade criminal do falido do que à liquidação comercial da falência. Esta ficava na dependência daquela. Só depois de ultimada a instrução do processo da quebra e qualificada a falência, é que se podia iniciar o processo da liquidação da massa, conforme dispunha o artigo 824 do Código; quando o aconselhável é que, estabelecida a independência dos dois processos, se cuide da liquidação comercial, deixando-se o processo criminal para quando se verificarem os elementos que lhe são necessários. 3) Em terceiro lugar, e a observação é do Prof. Octavio Mendes, outra falha grave do processo de falência consistia em exigir a lei, para homologação da concordata, que fosse esta aceita pela maioria dos credores em número e que representassem pelo menos, dois terços dos créditos sujeitos aos efeitos da concordata [...].

E dentre a série de institutos previsto neste Código, destaca-se o instituto da concordata suspensiva da falência e o contrato de união onde, após a fase de instrução do processo e o não requerimento da concordata suspensiva, os credores acordariam, em assembleia, sobre a forma da liquidação dos bens do falido.

Para que pudesse ser concedida a concordata suspensiva, necessária a observância dos seguintes requisitos: (a) a anuência da maioria dos credores em número, independentemente do comparecimento dos mesmos em assembleia e (b) que estes credores representassem pelo menos dois terços dos créditos sujeitos à falência.

Porém, este excesso de rigor imposto pela lei impediu que o Visconde de Mauá requeresse a sua concordata suspensiva, uma vez que os seus quase três mil credores

encontravam-se dispersos pelo mundo todo, o que tornou impossível estabelecer contato todos eles, levando o seu império à ruína.

Diante disso, Mauá representou à Câmara em 1879 com a finalidade de expor as iniquidades dessa lei, fazendo com que fosse editado o Dec. nº 3.065 de 1882.

De acordo com esse novo decreto, para a concessão da concordata suspensiva, bastaria a anuência da maioria dos credores presentes em assembleia, desde que estes credores representassem dois terços dos créditos sujeitos à falência.

Cumpre salientar, que este decreto introduziu no nosso ordenamento jurídico o instituto da concordata preventiva. Em 1864, com a falência da Casa Bancária Vieira Souto, aliado às severas críticas dos juristas que viam na lei muitas brechas para fraudes, introduziu-se no ordenamento jurídico brasileiro a liquidação forçada dos estabelecimentos bancários.

2.3. Falência no Brasil Republicano

Com o advento do regime republicano nasce, por parte do Governo, a necessidade de moralizar e modernizar as instituições e as leis do país.

Em razão disso, é editado o Decreto nº 917 de 24 de outubro de 1890, de autoria de Carlos de Carvalho, cujo objetivo primordial era modificar a terceira parte do Código Comercial.

A principal inovação desde aludido decreto, claramente influenciado pela lei Suíça, consistiu em caracterizar a quebra do comerciante não mais em sua situação de insolvência, mas sim na sua impontualidade.

Ou seja, o comerciante que deixasse de pagar no vencimento, sem relevante razão de direito, qualquer obrigação mercantil líquida e certa, era considerado falido.

Apesar do verniz modernizante trazido ao instituto da Falência, aludido decreto sofreu severas críticas em razão da sua má aplicação e do advento de uma inesperada crise econômica (Encilhamento), o que culminou com a edição da Lei nº 859 de 16 de agosto de 1902.

O texto legal em foco trazia como principal inovação, a nomeação de um administrador da massa falida (síndico) fora dos quadros da falência, a fim de evitar o conluio entre credores e devedores.

Mais adiante, com a edição da Lei nº 2.024 de 1908, de autoria de J.X. Carvalho de Mendonça foram agregadas ao regramento legal as características de agilidade e dinamismo.

Apresentou o diploma de Carvalho de Mendonça como características principais:

I – a impontualidade como caracterizadora da falência;

II – a enumeração das obrigações cujo inadimplemento denota a falência:

III – alinhou os chamados atos falimentares;

IV – suprimiu a concordata amigável, admitindo somente a judicial;

V – conceituou os crimes falimentares além de estabelecer o rito processual a ser observado;

VI – determinou a escolha de um até três síndicos, conforme o valor da massa, entre os maiores credores.

Todavia, com o advento da Primeira Guerra Mundial e a consequente mudança na economia em escala global, a lei foi revista pelo Decreto nº 5.746 de 09 de dezembro de 1929.

E com a chegada de Getúlio Vargas ao poder e a política de fortalecimento do Estado, houve a necessidade de se editar uma nova Lei de Falências.

Em razão disso, é editado o Decreto-lei nº 7.661 de 21 de junho de 1945, elaborado por grandes Juristas como Noé Azevedo, Joaquim Canuto Mendes de Almeida, Marcondes Machado, Filadelfo Azevedo, H. Guimarães e Luís Lopes Coelho.

Um dos principais pontos desta lei consistiu em reforçar os poderes do magistrado, diminuir a influência dos credores e tornar o instituto da concordata, tanto a suspensiva como a preventiva, como um favor dado pelo Estado ao comerciante em delicada situação econômica.

Mas, a lei que havia sido assentada em torno da figura do comerciante e da Teoria dos Atos do Comércio, paulatinamente foi sendo substituída pela Teoria da Empresa, o que tornou necessária a elaboração de um novo diploma falimentar.

Neste sentido são as explicações de Fabio Ulhôa Coelho (1995, p. 08):

[...] A teoria da empresa tem o sentido prático de ampliar o campo de incidência do direito comercial, introduzindo neste, precisamente, a prestação de serviços. A empresa, assim, é entendida como a exploração econômica da produção ou circulação de bens ou serviços [...].

E em virtude dessa nova concepção, em 1983, o Ministério da Justiça nomeou um grupo de Juristas composto por Rubens Requião, Antonio Luiz de Souza Rocha, Cláudio Ferraz Alvarenga, Antonio Jesus Marçal Romero Bechara, Abert Farjalla Bumachar e Alfredo Chicralla Nader para reformar a lei de falências.

Esta reunião culminou com o surgimento da Lei nº 7.274 datada de 10 de dezembro

de 1984 que alterou uma série de dispositivos do Decreto Lei nº 7.661/45.

2.4. Falência na Sistemática da Lei 11.101/05

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, vários segmentos da sociedade passaram por uma intensa reforma imposta pelo novo horizonte econômico e político que se descortinava.

Na economia, inicia-se um movimento de revigoração das atividades comerciais, capitaneada por um intenso intercâmbio entre as mais variadas nações, iniciando-se assim o fenômeno da globalização.

Já na política, o mundo começa a assistir a um interessante movimento no sentido de se dismantelar os regimes ditatoriais, substituindo-os por regimes de intensa participação popular.

Em razão dessa conjuntura, a antiga Lei de Falências (Decreto-lei 7.661/45) começa a se defasar, uma vez que os institutos ali previstos não mais conseguem cumprir com o seu papel de reerguimento das empresas em dificuldade.

Ciente da necessidade de se reformular antiga Lei de Falências, no início da década final do século passado, o Ministério da Justiça criou uma Comissão com a incumbência de elaborar um anteprojeto de reforma à antiga lei.

Após o aludido anteprojeto ter sido levado à opinião de vários seguimentos da sociedade, por meio de Audiências Públicas, pareceres, conferências e audiências, o mesmo, por iniciativa do Poder Executivo, resultou no projeto de Lei 4.376/93.

E depois de longo trâmite pelas duas Casas Legislativas, devido a gama de debates e estudos a que foi submetido nas Comissões da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, bem como a série de emendas a que se submeteu, no dia 09 de fevereiro de 2005, o projeto foi sancionado pelo Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, transformando-se na Lei nº 11.101/05.

Em apertada síntese, a Lei nº 11.101/05 inovou a lei de falências ao retirar do ordenamento jurídico o instituto da Concordata, tanto a suspensiva como a preventiva, mantendo, sob outro ângulo, o instituto da Falência com substanciais alterações.

Há que se destacar também a criação do instituto da Recuperação da empresa, podendo este tramitar em âmbito judicial como também em âmbito extrajudicial.

Entretanto, o grande marco da nova lei de Falências é o relatório apresentado pelo Senador Ramez Tebet quando da apreciação do projeto de lei pela Comissão de Assuntos

Econômicos do Senado Federal, relatório este no qual se enumera doze princípios que deverão servir como norte ao aplicador desta lei, princípios que merecem ser aqui elencados.

Foram elencados, na ocasião, os seguintes princípios: preservação da empresa, separação dos conceitos de empresa e de empresário, recuperação das sociedades e empresários recuperáveis, retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis, proteção aos trabalhadores, redução do custo do crédito no Brasil, celeridade e eficiência dos processos judiciais, segurança jurídica, participação ativa dos credores, maximização do valor dos ativos do falido, desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte e rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial.

CONCLUSÃO

Tal qual foi exposto no decorrer deste estudo, parece ser forçoso concluir que sintetizando um processo lento, porém, constante de evolução doutrinária e jurisprudencial afeta ao Direito Concursal, a Lei nº 11.101/05 trouxe sensíveis inovações, tendo como princípio fundamental a recuperação econômica da empresa, *“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”*, conforme bem enfatizado pelo Artigo 47 do texto legal.

Esta mudança de concepção se alinha não só às exigências do Fundo Monetário Internacional no sentido de garantir uma maior segurança ao investidor estrangeiro, mas também ao aumento de importância que as empresas privadas alcançaram no mundo contemporâneo.

Do mesmo modo que, no passado, tivemos a família patriarcal, a paróquia, o Município e as corporações profissionais, que caracterizaram um determinado tipo de sociedade, a empresa é, hoje, a célula fundamental da economia de mercado.

Já se disse, aliás, que a criação da empresa moderna representa, na história da humanidade, uma mudança de civilização tão importante quanto o fim do estado paleolítico, ou seja, o momento em que o homem deixou de viver exclusivamente da caça para se dedicar à agricultura, abandonando o nomadismo para se fixar na terra.

Na realidade, a grande empresa contemporânea representa uma mudança não só quantitativa, mas qualitativa, quando comparada ao artesanato ou às pequenas sociedades familiares do passado.

A nova dimensão que, a partir dos meados do século passado, adquiriram as multinacionais, bem assim as empresas públicas e as sociedades de economia mista importou criar uma nova unidade no sistema político, econômico e social.

Trata-se de entidades que, pelo seu tamanho, pelo seu faturamento e pela diversificação de suas atividades, atingiram e chegaram, em alguns casos, a ultrapassar a importância dos próprios Estados soberanos.

Portanto, com o passar dos anos, a empresa não mais restringe as suas atividades à busca desenfreada de lucros, tornando sua atuação no mercado como um importante meio de atendimento de interesses comunitários.

Atualmente, a empresa comercial é a instituição que melhor define a civilização contemporânea em razão da sua influência, dinamismo, poder e transformação além de permitir a subsistência da maior parte da população por organizar o trabalho assalariado.

E não se olvide que é a empresa que coloca no mercado a maioria dos bens consumidos pela população, sendo certo ainda que é da empresa que o Estado retira a maior parcela das suas receitas fiscais. Sem prejuízo, é ao redor da empresa gravitam vários agentes econômicos não assalariados como: I - investidores de capital; II – fornecedores e III – prestadores de serviço.

Em razão disso, é lícito concluir que, independentemente de seu caráter privado, a atividade empresarial assumida pelas empresas faz com que elas assumam também uma responsabilidade de cunho comunitário, não adstringindo suas ações aos interesses egoísticos de seus associados, mas também ao interesse comum de toda a comunidade a qual se encontra inserida.

Por isto, o marcado interesse legal por sua preservação, haja vista que, conforme adiantado no início, a função social da empresa é um princípio tutelado como valor em si mesmo (Artigo 47 da LRF).

A análise jurídica da economia deve então perseguir uma justiça distributiva e solidária, aplicando-se o regramento jurídico de forma a realizar uma economia garantida pela liberdade econômica e pela regulação justa.

Isto não significa, entretanto, que a falência seja um mal em si mesmo, na medida em que nem toda a empresa merece efetivamente ser preservada.

Apenas as empresas tidas como viáveis devem ser objeto de recuperação, pois, somente estas são capazes de proporcionar retorno à sociedade, sendo este o espírito e o escopo último do moderno Direito Concursal brasileiro, calcado na vontade dos credores, na atuação ética do devedor em dificuldades e no indispensável controle de legalidade desempenhado pelo Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. **Curso de Direito Falimentar**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ANDRADE, Jorge Pereira. **Direito falimentar**. v.1. São Paulo: Brasiliense, [s.d].

ASCARELLI, Túlio. **Ensaios e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1952.

BATALHA, Wilson de Souza Campos, BATALHA, Silvia Marina Labate. **Falências e Concordatas**. 1. ed. São Paulo: LTR, 1991.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova lei de recuperação e falências comentada**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Exame crítico do projeto da lei de falências – “recuperação de empresas” ou “recuperação do crédito bancário”**. n. 822. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BULGARELLI, Waldírio. **A atividade negocial no projeto de Código Civil brasileiro**. n. 56, out-dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. **Estudos e pareceres de direito empresarial (o direito das empresas)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. **A teoria jurídica da empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo Código Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Atos de concentração econômica: lei de recuperação de empresa x lei do CADE**. Disponível em: <http://www.tesslaw.com/_artigos.php?id=201>. Acesso em: 29 jun. 2005.

CARVALHO, Dora Martins de. **O anteprojeto legislativo da lei de concordatas e falências**. RDM 88/88. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

CASTRO, Adauto de Souza; CROCHQUIA, Edson. **ABC do Direito Romano**. 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

DORIA, Dylson. **Curso de Direito Comercial**. v. 2, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. **Recuperação Judicial de Empresas – Direito Concursal Contemporâneo**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LACERDA, J. C. Sampaio de. **Manual de direito falimentar**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas.** v. 4, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDONÇA, J. X. de Carvalho. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar.** v. 1, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

ROSENFELD, Denis Lerrer. In: **O Estado de São Paulo.** 2 nov. 2011, A2.

RUGGIERO, Roberto de. Atualizado por Paulo Roberto Benasse. **Instituições de Direito Civil.** v. 3, 1. ed. Campinas: Bookseller, 1999.

SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de et al. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TOLEDO, Paulo Campos Salles de. **A empresa em crise no direito francês e americano.** n. 83. set. São Paulo: Revista do Advogado, 2005.

_____. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.