

**FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS**

**PODER DE DELIBERAÇÃO DOS CREDORES NA ASSEMBLEIA DE  
RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Nova Lima

2011

JULIANA BRANDÃO DE MELO HORST

**PODER DE DELIBERAÇÃO DOS CREDORES NA ASSEMBLEIA DE  
RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Empresarial.

**Orientadora: Dra. Nanci de Melo e Silva**

Nova Lima

2011

H819 p

HORST, Juliana Brandão de Melo

Poder de deliberação dos credores na assembleia de recuperação judicial/Juliana Brandão de Melo Horst. – Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2011.

91 f., enc.

Orientadora: Profa. Dra. Nanci de Melo e Silva.

Dissertação (Mestrado) – Dissertação para obtenção do título de Mestre, área de Concentração Direito empresarial junto a Faculdade de Direito Milton Campos.

Bibliografia: f. 84-91

1. Recuperação Judicial. 2. Empresa - Preservação. 3. Credores. I. Melo e Silva, Nanci. II. Faculdade de Direito. III. Título

CDU 347.735  
347.736



Faculdade de Direito Milton Campos – Mestrado em Direito Empresarial

Dissertação intitulada: "*Poder de deliberação dos credores na assembleia de recuperação judicial*" de autoria da Mestranda Juliana Brandão de Melo Horst, para exame da banca constituída pelos seguintes professores:

---

Profa. Dra. Nanci de Melo e Silva  
Orientadora

---

Prof. Dr.

---

Prof. Dr.

## **AGRADECIMENTOS**

À minha orientadora, Professora Nanci de Melo e Silva, pelos ensinamentos e pelas agradáveis aulas que tivemos, tornando não apenas possível a realização deste trabalho, como também impulsionando minhas ideias com seus elogios e incentivando-me a aprender sempre mais.

A Deus, por iluminar meus estudos.

A todos que, de alguma forma, contribuíram para a construção deste trabalho.

*O jurista não pode, em sã consciência, desprezar o imenso ferramental das outras ciências que lhe possibilita compreender melhor a conduta humana. O Direito é por excelência um indutor de condutas; assim, a interseção entre os fenômenos econômicos e jurídicos deve perseguir o mesmo ideal de todas as áreas do conhecimento, qual seja promover a justiça e a equidade do sistema social como um todo. (Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi)*

## RESUMO

A recuperação judicial, conforme prevê a Lei n. 11.101/05, objetiva 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. A lei, portanto, fixa o objetivo de preservação da empresa (atividade), vinculando os operadores do Direito. Ao mesmo tempo, a lei atribui aos credores papel fundamental na decisão do destino da empresa, ao prever que a assembleia-geral de credores terá por atribuição deliberar sobre o plano de recuperação. Uma interpretação literal do art. 35 da lei leva à conclusão de que a decisão sobre a recuperação da empresa é dos credores, exercendo o juiz um papel homologatório. Não se pode deixar de considerar, porém, que a atribuição desse poder pode conflitar com o objetivo de preservação da empresa se os credores não exercerem o direito de voto que lhes foi conferido pela lei com fundamento na função social da empresa e, por conseguinte, buscarem tão somente o natural atendimento dos próprios interesses que, muitas vezes, são antagônicos ao objetivo de preservação da empresa. A questão que surge, então, é como solucionar os conflitos entre os interesses dos credores e o objetivo de preservação da empresa e de sua função social, bem como o conflito entre os interesses dos próprios credores e, por fim, definir os limites do papel do Poder Judiciário na homologação do plano de recuperação judicial. Há doutrinadores que defendem que o juiz não pode examinar o conteúdo da deliberação. Outros afirmam a deliberação dos credores poderá ser apreciada pelo Poder Judiciário. Portanto, a questão merece atenção, tendo em vista a importância da atividade empresarial para o desenvolvimento da economia.

**Palavras-chave:** Recuperação judicial. Preservação da empresa. Credores.

## ABSTRACT

Court-supervised reorganization, as set forth in Act n. 11.101/05, aims to facilitate the resolution of situations where the debtor is in an economic and financial crisis, in order to allow for the continuation of the production source, the employment of workers and the creditors' interests. In this way, the preservation of the company, its social function and the stimulus to economic activity are promoted. The Act, therefore, sets the goal of company (activity) preservation for law professionals. At the same time, the Act assigns creditors a key role in deciding the fate of the company, through the General Creditors' Meeting where the reorganization plan is discussed. A literal interpretation of Article 35 of the Statute leads to the conclusion that the decision on reorganization lies with the creditors, while the judge confirms this reorganization plan. It must be taken into account, however, that the allocation of this power may conflict with the objective of company preservation if creditors do not make use of the voting rights granted to them by law, based on the social function of the enterprise and, instead, seek only to further their own interests which are often contrary to the objective of company preservation. Therefore, the question that arises is how to resolve conflicts between the interests of creditors and the goal of preserving the company and its social function, as well as the conflict of interests between the creditors themselves. And, finally, define limits for the role of the Judiciary in the confirmation of the reorganization plan. There are jurists who argue that the judge cannot analyze the content of the resolution. Others affirm that the decision of the creditors must be analyzed by the Judiciary. As such, the question deserves attention, bearing in mind the importance of the company for the development of the economy.

**Key words:** Court-supervised reorganization. Company preservation. Creditors.



## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>08</b>
<b>2</b>	<b>HISTÓRICO.....</b>	<b>12</b>
<b>3</b>	<b>RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESA.....</b>	<b>18</b>
3.1	Definição e natureza jurídica.....	18
3.2	Plano de recuperação judicial.....	21
3.3	Assembleia-geral de credores.....	22
3.3.1	Classes de credores na assembleia-geral e regras de deliberação.....	22
3.3.2	Aprovação do plano pelo juiz .....	23
<b>3.3.3</b>	<b>O exercício do direito de voto na assembleia-geral de credores.....</b>	<b>25</b>
<b>4</b>	<b>ANÁLISE ECONÔMICA DO PODER DE DELIBERAÇÃO DOS CREDORES.....</b>	<b>27</b>
4.1	Considerações sobre a análise econômica do Direito.....	27
4.2	Vínculo entre incentivos econômicos, autonomia privada e recuperação de empresas.....	32
4.3	Teoria dos jogos e a deliberação dos credores.....	33
<b>5</b>	<b>FUNÇÃO SOCIAL.....</b>	<b>44</b>
5.1	O significado do art. 47 da Lei n. 11.101, de 2005.....	44
5.2	Origens da expressão “função social” .....	46
5.2.1	Solidarismo jurídico.....	51
5.2.2	O <i>neossolidarismo</i> jurídico.....	60
5.3	Função social da empresa.....	67
<b>6</b>	<b>O PAPEL DO ESTADO-JUIZ NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....</b>	<b>75</b>
<b>7</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>81</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>84</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A empresa está inserida num contexto social, interferindo e recebendo influências desse ambiente. É fonte geradora de empregos, de recolhimento de tributos e de ativação da economia.

A Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, introduz no ordenamento jurídico brasileiro a recuperação da empresa.

O art. 47 da Lei n. 11.101/05 trata do novel instituto da recuperação judicial, trazendo uma verdadeira declaração de princípios que merece ser transcrita:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

O fundamento da preservação da empresa está em sua função social. Ao dispor sobre a ordem econômica e financeira, a Constituição estabelece os princípios gerais da atividade econômica, dentre os quais o da função social da propriedade e busca do pleno emprego (art. 170, III e VIII). Nesse contexto, a preservação da empresa constitui uma das principais formas de dar eficácia aos princípios enunciados, bem como de concretizar a finalidade constitucional da ordem econômica, qual seja, assegurar a todos uma existência digna.

A ideia de preservação da empresa já vinha sendo defendida por diversos juristas muito antes da promulgação da Lei n. 11.101/05, os quais alertavam sobre a necessidade de introduzir modificações que, mais do que garantir aos credores a *par condicio creditorum*, deveriam procurar mecanismos de sobrevivência da empresa, com o que se garantiria o interesse social e o interesse dos próprios credores.

A recuperação judicial de empresas tem como objetivo a concretização dos direitos sociais e econômicos fundamentais, conforme mencionado. Exatamente por se tratar de uma recuperação judicial<sup>1</sup>, a primeira ideia que vem à mente é a de que a concretização desses direitos passa por uma decisão do Estado-Juiz, que ponderará sobre a preservação ou não da empresa.

---

<sup>1</sup> Ainda que considerada por muitos doutrinadores como um processo não litigioso, como se verá mais adiante.

O que se verifica, todavia, é que a Lei n. 11.101/05 atribuiu aos credores um papel fundamental na decisão do destino da empresa em dificuldade econômica e financeira. O inciso I, “a”, do art. 35, dispõe que a assembleia-geral de credores terá por atribuição deliberar sobre a aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor. Verifica-se deste dispositivo que a decisão da recuperação da empresa é dos credores, exercendo o Juiz tão somente o papel de homologar a decisão daqueles.

Em suma: a Lei n. 11.101/05 se propõe a ser um instrumento de manutenção da unidade produtiva e de defesa do interesse público agregado em torno da atividade empresarial. Por outro lado, o instituto da recuperação de empresas somente se implementa pela adesão voluntária dos credores ao plano de recuperação apresentado pelo devedor.

A assembleia-geral de credores é considerada por muitos doutrinadores como um dos maiores avanços da Lei 11.101/05, por atribuir aos credores papel fundamental na decisão do destino da empresa em crise.

É inegável que a diminuta participação dos credores, durante a vigência do Decreto-Lei n. 7.661/45, fazia com que fossem meros expectadores da insolvência da empresa, o que contribuiu para o insucesso do referido Decreto-Lei. Na sua vigência, a concessão da concordata estava nas mãos do magistrado que poderia concedê-la ainda que houvesse oposição dos credores.

Nesse contexto, a Lei n. 11.101/05 mostra-se benéfica ao atribuir importante papel aos credores na deliberação dos rumos da empresa.

Entretanto, faz-se necessário considerar que existe a real e efetiva possibilidade de que os credores não exerçam o poder que lhes foi conferido de acordo com o objetivo de preservação da empresa e, por conseguinte, busquem tão somente o natural atendimento de seus interesses particulares – a lei também menciona o atendimento dos interesses dos credores como um dos objetivos da recuperação judicial – que, muitas vezes, são antagônicos aos objetivos legais de preservação da empresa e de sua função social.

A extinta concordata buscava harmonizar relações patrimoniais apenas com os credores quirografários, de modo a permitir que o devedor pudesse permanecer à frente de seus negócios. Já a recuperação judicial foi concebida para contemplar um feixe de interesses muito mais abrangente que os modestos limites da concordata, conforme se verifica pelo disposto no art. 47 da Lei n. 11.101/05.

Em face do exposto, nesta dissertação fez-se um estudo sobre o poder dos credores na deliberação sobre a recuperação judicial da empresa, bem como a eventual

possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nessa deliberação, considerando que, como será exposto no decorrer deste trabalho, diversos doutrinadores, equivocadamente, vêm defendendo a intervenção indiscriminada do magistrado na deliberação dos credores.

Demonstrou-se que, baseando-se na doutrina que denominamos aqui de *neossolidarista*, a qual resgata a doutrina do solidarismo jurídico do fim do século XIX, diversos doutrinadores têm imputado o ônus da recuperação judicial de empresas aos credores destas, sem qualquer preocupação com os reflexos econômicos de tal conduta.

Essa corrente de pensamento ainda defende a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário para garantir a preservação de empresas em crise econômico-financeiras, ainda que os credores deliberem pela não aprovação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor, numa interpretação claramente *contra legem*, tendo em vista que a Lei de Recuperação de Empresas prevê uma única e restrita hipótese de homologação do plano de recuperação não aprovado pela assembleia de credores.

O objetivo com este trabalho, portanto, é demonstrar que a Lei n. 11.101/05 e, em especial, o instituto da recuperação judicial não podem ser interpretados com base nos ideais solidaristas, atribuindo-se “superpoderes” aos magistrados de realizar a “justiça social” no caso concreto, ainda que a realização de tal mister implique a decisão contrária à lei e despreocupada com suas consequências econômicas e com o funcionamento do mercado.

Para tanto, esta dissertação tem início com um breve histórico sobre o poder de deliberação dos credores nas diversas leis falimentares que vigoraram no País (capítulo 1). Seguindo-se a este histórico, faz a descrição e a análise dos principais dispositivos legais referentes ao tema “recuperação judicial de empresas” na Lei n. 11.101/05, no que se refere à deliberação e aprovação do plano de recuperação judicial pelos credores e sua homologação pelo Estado-Juiz (capítulo 2).

Posteriormente, realizou-se uma abordagem econômica do poder de deliberação dos credores sobre o plano de recuperação judicial de empresas. Essa abordagem demonstra a impossibilidade de se impor aos credores a responsabilidade pelo atendimento da função social da empresa em crise econômico-financeira, em detrimento dos interesses particulares desses credores, e, ainda, os reflexos dessa questão no mercado.

Na sequência, tratou-se da delimitação do conteúdo da expressão “função social”, incluindo um breve histórico de sua origem, bem como do paradigma sobre o qual tal expressão foi cunhada – solidarismo jurídico –, para, assim, se chegar a um conceito de função social da empresa que atenda aos objetivos do presente trabalho.

Por fim, analisou-se o papel do Estado-Juiz na recuperação judicial de empresas, para evidenciar que o magistrado não possui discricionariedade no momento de homologar o plano de recuperação judicial, pois sua aprovação ou rejeição é de competência dos credores, que deliberarão segundo seus interesses, e não única e exclusivamente com base na função social da empresa em crise econômico-financeira.

Quanto à metodologia, o tipo de pesquisa utilizada nesta dissertação foi a pesquisa bibliográfica. Com relação ao procedimento metodológico, optou-se pelo método dedutivo, do qual se partiu de uma concepção macro para uma concepção microanalítica do tema ora em estudo. Finalmente, com relação ao procedimento técnico, foram utilizadas análises temáticas, teóricas e interpretativas, a fim de solucionar a problemática levantada.

## 2 HISTÓRICO

A atribuição de funções à assembleia de credores não pode ser considerada uma inovação.

O Código Comercial de 1850 regulou, pela primeira vez, o instituto da concordata na legislação brasileira. Foi a primeira legislação do País a conceder autonomia aos credores na organização falimentar, restando ao juiz apenas o papel de homologar as decisões tomadas nas assembleias-gerais.

O processo falimentar se compunha de duas assembleias de credores, tendo a segunda delas a atribuição de deliberar sobre a concessão de concordata, a qual, para ser concedida, dependia da aprovação da totalidade dos credores do falido.

Os credores, concluída a apresentação dos pareceres da comissão verificadora eleita na primeira assembléia, deliberariam acerca da concessão de concordata ou sobre a forma de liquidação dos ativos. O avanço para a época é notável e percebe-se que o papel do credor passa a ser realçado com vistas a realmente definir os destinos do falido. (SADDI, 2005, p. 200)

A Lei n. 3.065, de 1882, alterou o Código Comercial para impor a aprovação da concordata suspensiva pela maioria presente na assembleia e inseriu no Código Comercial a concordata preventiva.

O Decreto n. 917, de 24 de outubro de 1890, abrindo novos horizontes previa a moratória e o acordo preventivo como meios preventivos da decretação da falência, fornecendo ao Direito falimentar as bases que chegaram aos dias de hoje. Tal decreto foi complementado pela Lei n. 859, de 16 de agosto de 1902. Sobre o instituto da concordata na vigência da Lei n. 859, de 16 de agosto de 1902, Vianna (1907, p. 461-462) esclarece as regras utilizadas à época:

Quais os elementos que devem concorrer para a concordata produzir os seus efeitos jurídicos?

Diremos: 1º. a proposta do devedor; 2º. a aceitação d'esta proposta pela dupla maioria do numero e do capital; 3º. a homologação pela autoridade judiciária.

Desde que a proposta é feita pelo devedor e a maioria que a lei exige manifesta-se aceitando-a, cumpre ao juiz decretar a sua homologação sem entrar: a) na apreciação do valor que o falido se propõe a pagar; b) no conhecimento da conducta do falido.

Na sequência, a Lei n. 2.024, de 1908, posteriormente modificada pelo Decreto n. 5.746, de 1929, previu a possibilidade de um acordo entre o devedor e seus credores, que poderiam controlar ativamente o processo falimentar dando à concordata a mesma contextualização finalística que a atual lei:

Mas foi somente em 1908, com a Lei n. 2.024, cujo projeto havia sido elaborado pelo grande jurista J. X. Carvalho de Mendonça, que a verificação e a classificação dos créditos contra o falido aperfeiçoaram as disposições modernas sobre falência, ‘conforme o progresso científico e a jurisprudência dos tribunais, aplicando-as segundo as necessidades práticas e modificando-as, quando houver mister debelar a fraude e a má-fé’. Mais tarde, com o propósito de aperfeiçoar a Lei 2.024, foi aprovado, em 9 de dezembro de 1929, o Decreto 5.746, em que se introduziram inovações como a diminuição do número de síndicos de três para um e a instituição de porcentagem sobre os créditos para a concessão da concordata. (SADDI, 2005, p. 201)

Como ensina Valverde (1948, p. 212), desde o Código de 1850 até a entrada em vigor do Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, manteve-se firme a regra que exigia, para a validade da concordata, que a proposta contasse com o apoio de determinada maioria de credores e créditos. O Decreto-Lei n. 7.661/45, porém, tomou outro rumo, tornando desnecessário o consentimento dos credores para a concessão da concordata.

Com a promulgação do Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, elaborado sob a égide da ditadura de Getúlio Vargas, o eixo da participação do Estado foi modificado com maior ingerência do ente público, minorando os pressupostos da liberdade de contratar e da propriedade econômica.

De fato, o regime político do Estado Novo, período ditatorial do governo Vargas que perdurou de 1937 a 1945, era favorável à intervenção do Estado na atividade econômica, no domínio da autonomia privada. Conseqüentemente, o decreto-lei promulgado à época reforçou o caráter judicial do processo falimentar e reduziu a influência dos credores, que passaram a ter como única atribuição decidir sobre a forma de liquidação do ativo, nos termos do art. 123 do referido diploma legal. Nesse contexto, a concordata deixou de ser um contrato e passou a ser um direito do devedor.<sup>2</sup>

Veja-se a justificativa apresentada na exposição ministerial:

Segundo conceito clássico, a formação da concordata depende da livre manifestação da vontade dos credores, através do *quorum* de votação,

---

<sup>2</sup> Tal direito era impropriamente chamado de “favor legal”.

reservando-se ao juiz, simplesmente, a homologação do acordo com o devedor. A lei cogita apenas das condições em que a deliberação da maioria obriga a minoria.

O sistema, entretanto, não produz os resultados que seriam de desejar.

A preponderância da maioria nas deliberações coletivas somente se legitima quando todas as vontades deliberantes se manifestam, tendo em vista o interesse comum que as congregou. Ora, nas concordatas formadas por maioria de votos, os credores deliberam sob pressão do seu interesse individual, deturpando o sentido coletivo da deliberação, e, pois, tornando ilegítima a sujeição da maioria. E a verdade é que, na vigência desse sistema, se tem verificado a constância dessa anomalia, através dos entendimentos externos do processo, o que importa na quebra da igualdade de tratamento dos credores, princípio informativo do processo falimentar.

Atendendo a essas ponderações o projeto consagra a concordata como favor concedido pelo juiz, cuja sentença substitui a manifestação de vontade dos credores na formação do contrato, reservados, entretanto, a estes, o exame das condições do pedido do devedor em face das exigências da lei. (DIÁRIO OFICIAL DO RIO DE JANEIRO, p. 16 *apud* FERREIRA, 1951, p. 292)

Ferreira (1951, p. 42-43), ao comentar o Decreto-Lei n. 7.661/45, destacou que a concordata tinha o deliberado propósito de beneficiar o devedor em detrimento do credor, pois, ainda que os credores, unanimemente, se opusessem à concordata, o juiz poderia homologá-la. Por tal motivo, o referido autor denominou a concordata instituída pelo decreto-lei de “concordata fascista”:

A nova lei mostrou-se inexorável contra os credores, restringindo-lhes o exercício de seus direitos creditórios. Não mais lhe é dado intervir no processo liquidatório, elegendo o liquidatário. Nem, tão pouco, intervir na concordata, preventiva ou suspensiva da falência, senão em termos que lhes impossibilitam verdadeiramente defender, eficientemente, seus créditos. Instituiu-se, com evidente espírito fascista, o que impropriamente se tem chamado de concordata da autoridade. Ainda que os credores, unânimemente, se lhe oponham, ao juiz é dado outorgá-la. Tudo pôde ser isso, menos concordata. (FERREIRA, 1951, p. 42-43)

[...].

O que prevaleceu foi o propósito de propender a lei pelo devedor, em detrimento dos credores. Despojaram-se estes totalmente de seus direitos creditórios. Não são mais donos deles. Vai abrir-se ensejo para maior desenvolvimento da indústria de falências. Dificilmente concordatas, e o decreto-lei assim as chamou, deixarão de ser concedidas. O devedor certamente se apresentará em juízo com tudo preparado para o insucesso dos credores, de molde a dificultar-lhes o ataque.

[...].



Inverteram-se, efetivamente, os papéis. Se antes, era o devedor, ou o falido, que tinha de trabalhar a fim de obter o apóio majoritário dos credores, agora é a estes que cabem os encargos, quando queiram opor-se à concordata ruínosa ou defraudatória de seus direitos creditórios.

Para ser coerente consigo mesmo, o legislador ditatorial deveria ter, ao menos, mudado o nome do instituto, abstenendo-se de nomeá-lo concordata. Concordata, em que os credores, nem majoritária, nem minoritariamente concordam, concordata não póde ser. Concordata não é. (FERREIRA, 1951, 292-293)

Na visão do autor, tratava-se de verdadeira concordata de Estado, compatível tão somente com o regime totalitário, jamais com o regime democrático.

Valverde (1948, p. 219-220) afirmou, à época, que o Decreto-Lei n. 7.661/45 conferiu à concordata estrutura integralmente processual:

A demanda de concordata inicia-se, como nos processos contenciosos, com o pedido do devedor, e, queiram ou não os credores citados para dizer sobre o pedido, o juiz dêle toma conhecimento e decide da sua procedência ou improcedência, segundo as regras prescritas na lei. Aos credores fica reservado o direito de se oporem (artigo 142) ao pedido, porém não mais dependerá da vontade deles a terminação do processo da falência pela concordata suspensiva, quando cumprida, nem a concessão da concordata preventiva.

Concordata e processo judicial são inseparáveis, isto é, não se pode conceber a concordata sem a série ordenada de atos e termos processuais, que alicerçam a demanda.

Assevera o jurista que esse decreto-lei, ao conferir essa estruturação processual à concordata, submete os juízes à pesada prova de competência:

Dá-lhe [magistratura] atribuições delicadas e poderes amplos, com duplo objetivo: o de resolver, honestamente, o conflito de interesses individuais e o de preservar a empresa mercantil contra a ameaça de sua destruição.

Se os juízes falharem, a desmoralização do instituto evidenciará a incapacidade do Judiciário para tão elevada missão.

Mas esperamos que isto não suceda. E não sucederá, se os juízes forem intransigentes na observância dos preceitos legais que impõem condições e requisitos para a obtenção do favor, para cuja concessão é o juiz mero instrumento da lei. (VALVERDE, 1948, p. 220-221)

Na opinião de Lisboa *et al.* (2005, p. 46), a não participação dos credores na concordata impedia a criação de um ambiente de cooperação entre as partes. Assim, os

credores eram estimulados a agir isoladamente para maximizar seus interesses, o que acabava com qualquer expectativa de soerguimento da empresa.

Em sentido diametralmente oposto ao decreto-lei revogado, o art. 35, I, “a”, da Lei n. 11.101/05, confere aos credores o poder de deliberar sobre a aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor.

Essa atribuição de poder aos credores, embora tenha obtido apoio de muitos juristas e do próprio Poder Executivo, sofreu resistência por parte do Relator do Projeto n. 7.376/93 – que se transformou na Lei n. 11.101/05 –, Deputado Osvaldo Biolchi. Assevera o Relator que a inserção do art. 41 na referida Lei foi a forma encontrada para tentar ao menos distribuir o poder entre os credores de forma por ele considerada mais democrática:

Confesso em sã consciência a você leitor e ao público em geral que, na qualidade de relator, sempre fui refratário à idéia de depositar nas mãos dos credores esta importante decisão da vida das empresas e o próprio destino. Aliás, esta também sempre foi tema defendido pelo Professor Rubens Requião. Entretanto, o Poder Executivo é que está coma caneta na mão e detém, em qualquer nação do mundo, a supervisão, e, logicamente, poderá impor sua ideologia e filosofia ao Poder Legislativo.

Correlatamente, com a relatoria nas mãos, pois conseguimos inserir a previsão dos arts. 41 e seguintes da lei, com a distribuição democrática da dispersão dos votos, na divisão das classes de credores, que detém poderes iguais e não dependerá só, por exemplo, do credor da instituição financeira.

Queremos com isso significar que a diminuição dos poderes do juiz na etapa da recuperação da empresa, portanto, implica a atribuição maior do poder de influência relativamente aos credores.

E se for acentuado o absentismo assemblear, tanto melhor para que um grupo coeso passe a exercer o poder de controle e delibere a sorte da empresa, e uma vez mais repetimos que a grande preocupação é com a recuperação da atividade e não tão-somente do crédito, embora tenha sua conotação de importância. (BIOLCHI, 2009, p. XLV)

A Lei n. 11.101/05 se destaca, também, por prever a continuação da empresa economicamente viável, dando relevo ao princípio da preservação da empresa e sua função social.

A evolução do direito concursal demonstra que há um grande interesse da sociedade na manutenção da empresa economicamente viável, ganhando destaque o princípio da preservação da empresa e sua função social, que foi positivado na lei falimentar e possui fundamento no art. 170 da Constituição Federal.

Na realidade, muito antes da promulgação da Lei n. 11.101/05, mecanismos de preservação da empresa já estavam sendo implementados em muitos ordenamentos jurídicos estrangeiros, evidenciando o atraso brasileiro em matéria de direito falimentar.

Desde o fim da Primeira Guerra Mundial já se falava, no direito estrangeiro, no interesse de continuação da atividade empresarial, e não mais da total liquidação da sociedade. Embora a continuação da atividade ainda permanecesse nas mãos de particulares, seja na do devedor, que pode não pedi-la, seja na dos credores, que podem não concedê-la, não importando o interesse da coletividade (ABRÃO, 1985, p. 10)

Pode-se afirmar, portanto, que, antes mesmo de a Lei n. 11.101/05 entrar em vigor muitos doutrinadores já destacava a necessidade de preservação das empresas economicamente viáveis.

No que se refere à recuperação judicial de empresas, é exatamente isso o que prescreve o art. 47 da Lei n. 11.101/05.

### 3 RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESA

#### 3.1 Definição e natureza jurídica

A recuperação de empresas é uma novidade introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 11.101/05, concebida por influência do capítulo 11 da lei americana<sup>3</sup>, que tem despertado grande interesse internacional:

A legislação americana, particularmente em seu capítulo 11 que trata da recuperação empresarial, tem despertado grande interesse, inclusive sido motivo de inspiração para outros países, como o México, a Argentina e a maior parte da Ásia. Neste modelo tenta-se criar as condições de uma barganha estruturada entre devedores e credores, com o objetivo de maximizar o valor da firma através da adoção de um plano de recuperação empresarial que, embora proposto pela gerência da firma devedora, tem que ser aprovado por maioria de cada uma das classes de credores. Somente no caso de impasse o Juiz pode determinar o chamado *cramdown*, forçando uma das classes de credores minoritários a seguir a maioria. Embora seja criticada por muitos por ser custosa e demasiado leniente com os devedores, ela tem sido exitosa em muitos casos. (ARAÚJO; LUNDBERG, 2005, p. 329-330)

O instituto da recuperação de empresas foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro como uma tentativa de sanar as falhas do Decreto-Lei n. 7.661/45, o qual havia se mostrado incapaz de preservar importantes empresas:

A experiência brasileira das últimas décadas, baseada na concordata como único instrumento de recuperação, revela que mecanismos muito rígidos, sem espaço para a negociação entre devedor e credores, dificilmente tem êxito no seu objetivo de possibilitar à empresa a superação de seus problemas financeiros. Os novos regimes de recuperação judicial e extrajudicial procuram mudar esse cenário, criando mecanismos flexíveis para a busca de soluções de mercado para a empresa. (LISBOA *et al.*, 2005, p. 43)

Alberto Camiña Moreira (2005, p. 248) define a recuperação judicial como “a ação pela qual o devedor oferece aos seus credores a possibilidade de examinar o que a lei chama de plano de recuperação judicial. Trata-se de mera proposta, que pode ser aceita ou não.”

---

<sup>3</sup> Conhecido como *Chapter 11*.

Os destinatários da proposta são os credores, que, por sofrerem as consequências diretas do plano, são os titulares do direito de examiná-lo. Em outras palavras, “a recuperação é a proposta do devedor aos credores, solicitando a apreciação de um plano com vistas à reorganização da empresa ou à reestruturação do passivo”. (MOREIRA, 2005, p. 249)

Pelo conceito dado pelo autor ao instituto, verifica-se que ele não o considera um processo litigioso:

Na recuperação judicial não há pretensão exercida contra os credores, entendida a pretensão como a afirmação de um direito contra o réu, para que seja este submetido a ela. O direito do devedor, na recuperação judicial, é de apresentar uma proposta, apresentar um plano.

O destino do plano, contudo, está nas mãos dos credores, que poderão aceitá-lo, modificá-lo ou rejeitá-lo.

[...].

Negociação é a palavra chave; e essa negociação, conquanto se dê perante o Poder Judiciário, dá-se sem a intervenção do juiz. A lei não prevê a atuação jurisdicional para esse fim; muito embora o juiz brasileiro disponha de poderes gerais de conciliação, e ela seja mesmo muito enfatizada pela doutrina. (MOREIRA, 2005, p. 249-250)

Para Franco e Sztajn (2008, p. 234), o plano de recuperação judicial consiste em um

negócio de cooperação celebrado entre devedor e credores, homologado pelo juiz. No que diz respeito ao negócio de cooperação, assemelha-se ao contrato plurilateral; no que diz respeito à homologação, pode-se considerar forma de garantia do cumprimento das ações assumidas, com o que se reduzem custos de transação<sup>4</sup> dada a coercitividade que dela, homologação, resulta.

Campinho (2006, p. 12-13), define o instituto da recuperação judicial como um contrato judicial, de feição novativa, realizável por meio do plano de recuperação.

Também definindo a recuperação judicial como um contrato, tem-se a lição de Marzagão (2005, p. 93):

---

<sup>4</sup> Custos de transação são aqueles que, de alguma forma, oneram a operação, mesmo quando não representados por dispêndios financeiros feitos pelos agentes, mas que decorrem do conjunto de medidas tomadas para realizar a transação. (SZTAJN, 2005, p. 230)

Na mesma linha, Pimenta afirma que (2007, p. 298) “custos de transação consistem naquilo que se precisa pagar ou que se deve abrir mão para constituir, manter, proteger ou transferir os direitos e deveres decorrentes de uma relação contratual.”

Assim verifica-se que, a partir da vigência desta nova Lei, estaremos resgatando um sistema já adotado no século passado, e não haverá mais dúvida quanto à natureza contratualista da recuperação judicial que, a princípio, obriga a participação efetiva de todos os credores representados em assembléia geral de credores, que terão o poder de aprovar ou não o plano de recuperação apresentado pelo devedor.

Na realidade, o conceito de recuperação judicial varia de acordo com a natureza jurídica do instituto adotada pelo autor do conceito.

Em geral, os privatistas defendem que a recuperação judicial da empresa é um instituto de direito privado, dada sua natureza contratual, conforme se vê nos conceitos acima transcritos.

Afirma Lobo (2009, p. 125) que, “para os privatistas, a recuperação judicial da empresa é um contrato celebrado entre o devedor e seus credores, razão pela qual só cabe ao juiz homologá-lo e, se o contrato não se consumir, decretar a falência do devedor.”

Já os publicistas afirmam que se trata de um instituto de direito público, materializando-se por meio de uma medida processual:

Para os publicistas, a recuperação judicial da empresa é um instituto de Direito Processual, pois a LRE garante ao devedor, preenchidos os requisitos formais do art. 51 e os requisitos materiais do art. 48, propor ação de recuperação judicial; afirmam com ênfase, que se a recuperação judicial se efetiva e se implementa através de uma ação processual de natureza constitutiva, ela é um instituto de Direito Público [...]. (LOBO, 2005, p. 126)

Lobo (2009, p. 127-128) filia-se à doutrina que considera a recuperação judicial da empresa como um instituto de Direito Econômico, que visa à reestruturação das empresas em estado de crise econômica:

Embora ‘ato complexo’ e ‘ação constitutiva’, a recuperação judicial tem natureza e as características de um instituto de Direito Econômico, como passo a demonstrar.

Filio-me à doutrina, liderada, no País, por Orlando Gomes, que sustenta (a) estar o Direito Econômico situado numa zona intermediária entre o Direito Público e o Direito Privado, (b) possuir uma tríplice unidade: ‘de espírito, de objeto, e de método’ e (c) não orientar-se regra de direito pela idéia de justiça (princípio da igualdade), mas pela idéia de eficácia técnica devido à especial natureza da tutela jurídica que dela emerge, em que prevalecem interesses gerais e coletivos, públicos e sociais, que ela colima preservar e atender prioritariamente, daí o caráter publicístico de suas normas, que se materializam através de ‘fato do príncipe’, ‘proibições legais’ e ‘regras excepcionais’.

Com efeito, a recuperação judicial da empresa é um instituto de Direito Econômico, porque suas normas não visam precipuamente realizar a idéia de justiça, mas sobretudo criar condições e impor medidas que propiciem às empresas em estado de crise econômica se reestruturarem, ainda que com parcial sacrifício de seus credores [...].

### 3.2 Plano de recuperação judicial

Segundo dispõe o art. 53, da Lei n. 11.101/2005, o devedor deve apresentar, em juízo, no prazo de 60 (sessenta) dias, contados da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, o plano de recuperação, em que fará discriminação detalhada dos meios de recuperação a serem empregados e o respectivo resumo, demonstração de sua viabilidade econômica e o laudo econômico-financeiro e de avaliação de seus bens e ativos.

Oferecido o plano, o juiz ordenará a sua publicação com aviso aos credores, facultando-lhes a possibilidade de objeção no prazo de 30 (trinta) dias contado da publicação da relação de credores.

Segundo Campos Filho (2007, p. 117), o plano de recuperação judicial possui natureza jurídica próxima a de um acordo de vontades:

A recuperação judicial, de iniciativa do devedor e consubstanciada num documento submetido à deliberação dos credores reunidos em assembléia e dependente da chancela judicial, encontra sua natureza mais próxima do acordo de vontades. As partes reconhecem que a adoção de tudo quanto esteja contido no plano servirá como meio propício ao soerguimento pretendido.

Sua natureza é irrecusavelmente complexa, porquanto o não-cumprimento das obrigações assumidas no plano de recuperação judicial, seja por proposta originária do devedor, seja por modificações sugeridas pelos credores – e aceitas pelo devedor –, poderá desaguar na convolação da recuperação judicial em falência.

### 3.3 Assembleia-geral de credores

A assembleia pode ser definida como “uma reunião de pessoas que têm algum interesse em comum com a finalidade de discutir e deliberar sobre assuntos determinados. Portanto, a Assembléia tem, por um lado, natureza deliberativa e, por outro, modo de exercício de poder.” (SADDI, 2005, p. 203)

No que tange à recuperação judicial, a Lei n. 11.101/2005 cria instância obrigatória de deliberação, estabelecendo o art. 35 que a assembleia-geral de credores é competente para deliberar sobre a aprovação, rejeição, ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor.

Ao conferir à assembleia tal atribuição, a lei o fez com exclusividade. Como esclarece Moreira (2005, p. 253), tal competência não foi atribuída de forma concorrente a nenhum outro órgão e nem mesmo ao magistrado:

Compreende-se que seja mesmo da assembléia a competência para deliberar sobre o plano de recuperação porque é ela composta de credores, destinatários do plano e que sofrerão as conseqüências do seu sucesso ou insucesso. A análise do risco, das vantagens e desvantagens, há de ser feita pelos credores, em reunião específica para esse fim convocada, que recebe o nome de assembléia de credores.

Ao atribuir tal tarefa a um órgão, a lei, *ipso facto*, retira-a de qualquer outro, inclusive do juiz. Não há, pois, possibilidade de se estabelecer qualquer espécie de conflito, no concernente ao exame do plano de recuperação, entre a assembléia de credores e o juiz.

Foi subtraído do juiz, a princípio, a possibilidade de examinar o plano de recuperação e de impô-lo aos credores, com a exceção que será examinada mais adiante.<sup>5</sup>

#### 3.3.1 Classes de credores na assembleia-geral e regras de deliberação

São três as classes de credores que compõem a assembleia-geral, conforme prevê o art. 41 da Lei n. 11.101/2005: titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes do trabalho; titulares de crédito com garantia real; titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral e subordinados.

---

<sup>5</sup> Neste trabalho, tal exceção será tratada no tópico 3.3.2.



Regra geral, a assembleia de credores delibera mediante manifestação de credores que representam mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia. Essa regra, no entanto, possui exceções. Uma das exceções diz respeito exatamente à deliberação sobre o plano de recuperação judicial.

Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, seja para aprová-lo, rejeitá-lo ou modificá-lo, todas as classes de credores previstas no art. 41 da Lei n. 11.101/2005 deverão aprovar a proposta, conforme prevê o art. 45 da mesma Lei.

Os créditos provenientes da legislação trabalhista integram, por inteiro, a primeira classe, juntamente com os créditos decorrentes de acidentes de trabalho, independentemente de seu valor. Esses credores deverão aprovar a proposta pela maioria simples dos presentes, independentemente do valor de seus respectivos créditos, de acordo com o § 2º do art. 45. Configura-se, na hipótese, o voto “por cabeça”, e não pelo valor total do crédito.

A regra da integralidade do crédito, prevista para os créditos trabalhistas para fins assembleares, não se aplica aos titulares de créditos com garantia real, componentes da segunda classe. Estes, de acordo com o § 2º do art. 41, votam até o limite do bem gravado na classe respectiva e, com os quirografários – terceira classe –, pelo restante do valor de seu crédito.

Os integrantes da terceira classe votam pela totalidade de seus respectivos créditos.

Os titulares de créditos com garantia real e os titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados deverão aprovar a proposta pelos que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores.

Os credores tributários não integram classe na assembleia-geral de credores, embora a lei preveja a comunicação, por carta, das Fazendas Públicas, onde o devedor tiver estabelecimento, sobre o processamento da recuperação judicial.

### 3.3.2 Aprovação do plano pelo juiz

Trata-se, na hipótese, do denominado *cramdown* brasileiro. A expressão *cramdown*, de origem americana, significa a possibilidade dada ao magistrado de impor aos credores dissidentes um plano de recuperação (*Chapter 11 plan*).

Na definição de Baird (2001, p. 199), *cramdown* é o nome que se dá ao processo de confirmação de um plano que sofreu objeção de uma classe<sup>6</sup>.

De acordo com a Lei n. 11.101/05, poderá o juiz aprovar o plano de recuperação judicial que não lograr aprovação na assembleia-geral de credores, na forma do art. 45. A possibilidade de aprovação pelo juiz, prevista no § 1º do art. 58, requer que o plano tenha obtido, de forma cumulativa: a) o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes; b) a aprovação de duas das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente duas classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos uma delas; c) na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de um terço dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 da Lei.

Ainda como requisito para a aprovação do plano de recuperação pelo juiz, exige-se que o plano não ofereça tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado, conforme previsto no § 2º do art. 58.

Como esclarece Moreira (2005, p. 258), a análise sobre a diferenciação de tratamento entre os credores da classe que o houver rejeitado o plano é o ponto que exige mais do juiz na recuperação judicial, sendo seu mais importante papel no processo de recuperação de empresas.

Adverte o autor que “o *cramdown* brasileiro é legalista, fechado, e não dá margem ao juiz para a imposição de plano que possa recuperar a empresa a despeito da discordância dos credores”. (MOREIRA, 2005, p. 258)

Nesse aspecto, a lei brasileira se distancia da lei americana, pois esta utiliza conceitos indeterminados ao estabelecer as hipóteses de *cramdown*:

Nos EUA, a lei em relação ao *cramdown* diz que o plano deve ser justo, equitativo e não discriminatório. Quem fala em plano justo e equitativo usa de conceitos indeterminados, ambos, genéricos, que dão margem a mais ampla interpretação. Por isso, diz a doutrina que o juiz do processo de

---

<sup>6</sup> Tradução nossa de: *The process of obtaining confirmation of a plan over the objection of a class is called cramdown.*

No mesmo sentido: *In some situations, the holder of the secured claim consents to these modifications. In other situations, the holder of the secured claim objects to the Chapter 11 or Chapter 13 plan's modifications of its rights. Notwithstanding such an objection, the court can still approve the plan. Lawyers, judges and law professors commonly call such court approval of a plan that changes a creditor's rights over that creditor's objection 'cram down' or a 'cramdown'.* (EPSTEIN, 2002, p. 282)

*While Chapter 11 does not require that every holder of a claim approve the plan (and indeed allows the cramming down of a plan opposed by most holders of claims), it does require that creditors receive adequate information about a plan and have an opportunity to vote on the plan.* (EPSTEIN, 2002, p. 436)

reorganização norte-americano é dotado de extraordinários poderes para impor o plano aos credores discordantes. Não obstante, a imposição do plano é extraordinária e devedor e credores procuram evitá-la.

A lei brasileira não confere ao juiz nenhuma margem de discricionariedade para a imposição de um plano aos credores discordantes. Basta, e dizemos isso sem nenhuma conotação pejorativa, verificação aritmética do resultado da assembléia.

A despeito da declaração solene do artigo 47 da LRF, de grandiloquentes objetivos, parece que a lei não conta com o juiz para que sejam eles alcançados. No tocante à imposição do plano pelo juiz, poderia a lei usar de conceito jurídico indeterminado, a permitir a sua mais ampla atuação no processo. O juiz brasileiro é sensível à crise da empresa, como inúmeros precedentes mostram; mas a lei foi bastante parcimoniosa em relação à atuação jurisdicional. (MOREIRA, 2005, p. 258/259)

### 3.3.3 O exercício do direito de voto na assembleia-geral de credores

Como explicitado, o legislador disciplinou o modo de concessão da recuperação judicial, homologada pelo juiz em virtude da aprovação do plano de recuperação pelos credores reunidos em assembleia-geral. Excepcionalmente, o juiz poderá conceder a recuperação mesmo que os credores não a aprovem nos percentuais fixados em lei (art. 58 da Lei n. 11.101/05)

Por isso, assevera Campos Filho (2007, p. 125) que o voto constitui a forma legal adequada de manifestação do credor, que deliberará sobre o plano de recuperação judicial na assembleia-geral. Como se vê, para que a recuperação judicial possa vir a ser objeto de concessão, a lei tornou indispensável a participação dos credores.

Esclarece Marzagão (2005, p. 80) a respeito da situação dos credores na Lei n. 11.101/05:

[...] a adesão dos credores às medidas preventivas de recuperação de empresas é de salutar importância, passando estes a ter papel de destaque, relevante no procedimento da recuperação de empresas, na medida em que darão assentimento expresso, em assembléias de credores, sobre as condições propostas no plano de pagamento apresentado pelo devedor. O credor passa da condição passiva, que lhe era imposta na lei anterior, a ter voz ativa, participando do processo, concordando ou desaprovando as condições entabuladas no plano de recuperação apresentado pelo devedor.

Assim, pode-se afirmar que a assembleia-geral constitui o momento por excelência para exame e manifestação dos credores quanto à proposta de recuperação judicial. Não há previsão legal de concessão de recuperação judicial sem manifestação favorável dos credores, ainda que em patamares legais mínimos.

Segundo Campos Filho (2007, p. 134-135),

O legislador de 2005 deferiu aos credores participação e responsabilidade decisivas na recuperação judicial. Sem eles, não há como o devedor prosperar no seu intento de evitar a declaração judicial da falência por intermédio da reestruturação da empresa. Nesse ambiente, a assembléia geral de credores assume papel de crucial importância no futuro da empresa. Dirão os credores, reunidos no conclave, se as condições propostas pelo devedor atenderão, primordialmente, aos seus interesses. O credor atua na assembléia geral no resguardo de seus interesses creditícios, examinando se a proposta de recuperação constitui instrumento hábil a viabilizar a realização de seu crédito.

Não tem o devedor o mesmo grau de responsabilidade e comprometimento com a empresa que tem o acionista em relação à companhia.

O acionista é titular do *status socii* decorrente do vínculo jurídico estabelecido pela propriedade das ações. É sócio antes de ser eventual credor. Tem responsabilidades perante a companhia que compreendem, entre outros, o dever de informar e o de exercer o direito de voto na assembléia geral conforme o próprio interesse da sociedade anônima. A lei societária impõe sanções decorrentes do uso abusivo do direito de voto, do voto contrário ao interesse da companhia e do conflito de interesses pessoais do acionista com os da própria companhia.

Outra é a hipótese do exercício do direito de voto pelo credor na assembléia geral de recuperação judicial. A lei, nesse passo, prevê a necessidade de aprovação por classes de crédito do plano de recuperação judicial. Fixa limites mínimos, em termos percentuais, para que a proposta de recuperação possa vir a ser objeto de aprovação.

Não há, contudo, dever do credor em relação à preservação da empresa, a não ser que esta esteja vinculada à satisfação de seus créditos.

Conclui o autor que o credor pode manifestar adesão à recuperação, com visão de mercado, se for convencido de que ela poderá promover o soerguimento da empresa e sua permanência na atividade econômica. O credor, porém, não está adstrito à observância de determinadas regras próprias do direito societário no exercício do direito de voto na assembleia-geral de credores, realizada com o fim de deliberar sobre o plano de recuperação judicial.

## 4 ANÁLISE ECONÔMICA DO PODER DE DELIBERAÇÃO DOS CREDORES

### 4.1 Considerações sobre a análise econômica do direito

A relação entre Direito e Economia não é um assunto novo. Desde 1960, pelo menos, o movimento denominado “Direito e Economia” busca explicar como funcionam as relações legais que governam a sociedade, determinando a influência exercida pelo Direito na Economia, bem como a influência da Economia no Direito. Em outras palavras, alguns autores já se referiam a métodos de Economia para resolver os problemas legais e, inversamente, aos métodos do Direito para impactar o desenvolvimento da Economia.

A novidade fica por conta da recente popularização do tema no Brasil. Como assinalam Pinheiro e Saddi (2005, p. 85),

por muitos anos, os operadores do direito enxergaram o sistema jurídico como um mero sistema de punição e coação, sem compreender todas as oportunidades que poderiam ser exploradas com um desenho adequado de tal conjunto de normas, postas ou não, para o que se pode recorrer ao arsenal de subsídios que a teoria econômica fornece. Hoje, felizmente, entende-se que, mesmo com premissas conceituais tão distintas, há mais complementaridades do que divergências entre as duas disciplinas.

A análise econômica do Direito não é uma teoria homogênea, apresentando várias correntes, dentre as quais se destacam *Chicago Law and Economics* (Escola de Chicago ou Escola Positivista), *Public Choice Theory* (Escola Pública), *Institutional Law and Economics* (Escola Institucional), *Neoinstitutional Law and Economics* (Nova Economia Institucional), *The New Haven School* (Universidade de Yale) e *Modern Civic Republicanism*. Entretanto, as diversas correntes convergem em relação ao instrumental por elas utilizado, que é o econômico.<sup>7</sup>

Para estudar a análise econômica do Direito, Pinheiro e Saddi (2005, p. 88) dividiram essa análise em duas correntes ou duas grandes abordagens: uma positiva e outra normativa.

---

<sup>7</sup> Isso é o que interessa para os fins a serem atingidos nessa pesquisa científica, razão pela qual as características peculiares de cada uma destas correntes não serão detalhadas no presente trabalho.

A abordagem positiva “prediz os efeitos das regras legais; por exemplo, sobre como os agentes econômicos vão reagir a mudanças nas leis e na sua aplicação.” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 88)

A corrente normativa vai adiante, estabelecendo recomendações de políticas e de regras legais baseadas nas suas consequências econômicas. Essa corrente estabelece como princípio o uso do termo “eficiência”.

Segundo Sztajn (2005, p. 75), nos estudos de *Law and Economics* é comum a percepção da importância de se recorrer a alguma espécie de avaliação ou análise econômica na formulação de normas jurídicas visando torná-las cada vez mais eficientes<sup>8</sup>.

Para Naves (2007, p. 243-244), essa teoria procura prever a influência das sanções jurídicas no comportamento de uma pessoa ou instituição e estabelecer uma análise de desempenho das normas jurídicas, no tocante ao bem-estar social. Em outras palavras, a análise econômica do Direito age na prevenção de condutas.

Nesse sentido é a lição de Cooter e Ulen (2004, p. 4):

A Economia fornece uma teoria do comportamento para prever como as pessoas respondem às mudanças na lei [...] Além de uma teoria científica do comportamento, a Economia fornece um critério normativo útil para avaliação do Direito e das políticas públicas. (tradução nossa)<sup>9</sup>.

As premissas fundamentais para a análise econômica do Direito são:

- a) O ser humano sempre procura aquilo que considera ser o melhor para si, preferindo mais a menos satisfação. Formalmente, diz-se que os agentes econômicos agem de maneira racional, procurando maximizar a sua utilidade.
- b) No processo de maximização de sua utilidade, as pessoas reagem aos incentivos que recebem do ambiente em que vivem e trabalham, incluído o sistema de preços.
- c) As regras legais moldam os incentivos a que as pessoas estão submetidas e, portanto, influem nas suas decisões de troca, produção, consumo, investimento etc. (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 89)

---

<sup>8</sup> A autora define eficiência como “a aptidão para obter o máximo ou o melhor resultado ou rendimento, com a menor perda ou o menor dispêndio de esforços; associa-se à noção de rendimento, de produtividade; de adequação à função. (SZTAJN, 2005, p. 83)

<sup>9</sup> Tradução nossa de: *Economics provides a behavioral theory to predict how people respond to changes in law [...] In addition to a scientific theory of behavior, economics provides a useful normative standart for evaluating Law and policy.*

Os marcos iniciais desse movimento de Direito e Economia são os trabalhos de Calabresi, Trimarcchi e Ronald Coase<sup>10</sup>.

Calabresi (1961 *apud* ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 2), jurista da Universidade de Yale,

[...] demonstrou a importância da análise de impactos econômicos da alocação de recursos para a regulação da responsabilidade civil, seja em âmbito legislativo ou judicial. Sua obra inseriu explicitamente a análise econômica em questões jurídicas, apontando que uma análise jurídica adequada não prescinde do tratamento econômico das questões.

Já Trimarchi (1961 *apud* ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 2)

[...] tratou de ajustar ao direito continental europeu, especificamente ao italiano, as regras desenvolvidas para o sistema do direito consuetudinário, demonstrando a possibilidade de, igualmente, no que concerne ao direito codificado, adotarem-se critérios que induzam as pessoas a buscar eficiências alocativas.

Merece destaque, aqui, a contribuição de Coase (COASE, 1960 *apud* ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005), ganhador do prêmio Nobel de Economia em 1991. O autor demonstrou que a introdução de custos de transação<sup>11</sup> na análise econômica determina as formas organizacionais e as instituições do ambiente social. Essa inserção dos custos de transação na Economia e na teoria das organizações implica a importância do Direito na determinação dos resultados econômicos:

Segundo o Teorema de Coase, em um mundo hipotético sem custos de transação (pressuposto da Economia Neoclássica), os agentes negociarão os direitos, independentemente de sua distribuição inicial, de modo a chegar à sua alocação eficiente. Nesse mundo, as instituições não exercem influência no desempenho econômico. Ocorre que, como asseverou Coase, esse é o mundo da *blackboard economics*. Ao criticar a análise econômica ortodoxa, Coase enfatizou que, no mundo real, os custos de transação são positivos e, ao contrário do que inferem os neoclássicos tradicionais, as instituições legais impactam significativamente o comportamento dos agentes econômicos. (COASE, 1960 *apud* ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 1-2)

<sup>10</sup> Para mais detalhes, cf. COASE, 1960; CALABRESI, 1961; TRIMARCHI, 1961.

<sup>11</sup> Custos de transação devem ser compreendidos nesse contexto como aqueles “incurridos pelos agentes econômicos na procura, na aquisição de informação e na negociação com outros agentes com vista à realização de uma transação, assim como na tomada de decisão acerca da concretização ou não da transação e no monitoramento e na exigência do cumprimento, pela outra parte do que foi negociado”. (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 75)

Coase (1937 *apud* PINHEIRO; SADDI, 2005) observou, ao tratar da natureza da empresa<sup>12</sup>, que, ao lado da tecnologia, o objetivo de economizar custos de transação determinava a fronteira que separa as transações feitas dentro da empresa, daquelas efetuadas no mercado<sup>13</sup>. Segundo a sua teoria, os custos de transação “influíam na divisão entre as transações que eram realizadas dentro da empresa (e das organizações em geral) e aquelas que ocorriam no mercado entre empresas (ou organizações distintas).” (COASE, 1937 *apud* PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 62)

Desde então, o mercado e a empresa passaram a ser vistos como meios alternativos de organização das transações econômicas, sendo a preferência por um desses meios ditada pelos custos de produção e transação de cada um.

Em qualquer das duas alternativas citadas, os custos de transação dependem diretamente de instituições como a lei.

Portanto, a fronteira ótima da empresa, entendida como aquela em que se localizam as transações que custam quase o mesmo se realizadas dentro ou fora da empresa, pode variar dependendo da jurisdição em que se situe a empresa, ou de uma época para outra na mesma jurisdição.

Os custos de transação compreendem os custos com a realização de cinco atividades que tendem a ser necessárias para viabilizar a concretização de uma transação, quais sejam, a busca pela informação, a negociação, a realização e formação dos contratos, o monitoramento dos parceiros contratuais e a correta aplicação do contrato:

---

<sup>12</sup> Para melhor entendimento do tema tratado neste tópico, é importante esclarecer o conceito de empresa corrente entre os adeptos da análise econômica do direito: “Empresa: Organização que transforma insumo em produtos. Na teoria Neo-Institucionalista, é definida pelas transações que são realizadas no seu interior, em oposição àquelas que executa no mercado. Na primeira, por exemplo, o tamanho e o número de empresas no mercado dependem fortemente do formato da curva de custos e, em especial, a que nível de produção é possível ter um custo humanitário mais baixo. Na segunda, é o custo relativo de transacionar hierarquicamente dentro da empresa ou por intermédio do mercado que define o feixe de transações ou contratos compreendidos dentro da empresa. As duas definições devem ser vistas como formas complementares, e não alternativas, de entender o que é uma empresa.” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 75)

“A empresa não é um fenômeno que compreenda uma única aproximação, dada sua essencial complexidade e caráter multifacetado. Na literatura sobre ‘Teoria da Empresa’ (*Theory of the firm*) são prevalentes as análises que enfocam a empresa ora enfatizando o seu perfil estático (conjunto de fatores produtivos organizados) ora o seu perfil dinâmico (conjunto de contratos estabelecido pelo empresário). [...] Tais abordagens são, porém, complementares e não contrapostas, divergindo apenas com relação ao aspecto da empresa posto em relevo para fins de análise.” (PIMENTA, 2007, p. 296)

<sup>13</sup> “Mercado: Local real ou virtual em que se encontram produtores e consumidores para vender e comprar seus produtos, processo a partir do qual são definidos os preços. Os mercados também podem ser vistos como instituições que facilitam as trocas entre os agentes econômicos, reduzindo os custos de busca, informação, negociação, e até mesmo de garantia do cumprimento dos contratos. Portanto, em larga medida, existem para reduzir os custos de transação nas trocas econômicas” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 76)



Os custos de transação compreendem, portanto, os custos com a realização de cinco atividades que tendem a ser necessárias para viabilizar a concretização de uma transação. Primeiro, a atividade da *busca pela informação* sobre as regras de distribuição de preço e qualidade das mercadorias; sobre insumos de trabalho e a busca por potenciais compradores e vendedores, assim como de informação relevante sobre o comportamento desses agentes e as circunstâncias em que operam. Segundo, a atividade da *negociação*, que será necessária para determinar as verdadeiras intenções e os limites de compradores e vendedores na hipótese de a determinação dos preços ser endógena. Terceiro, a *realização e a formalização dos contratos*, inclusive o registro nos órgãos competentes, de acordo com as normas legais, atividade fundamental do ponto de vista do direito privado, já que é o que reveste o ato das garantias legais. Quarto, o *monitoramento* dos parceiros contratuais com o intuito de verificar se aquelas formas contratuais estão sendo devidamente cumpridas, e a proteção dos direitos de propriedade contra a expropriação por particulares ou o próprio setor público. Finalmente, a *correta aplicação do contrato*, bem como a cobrança de indenização por prejuízos às partes faltantes ou que não estiverem seguindo corretamente suas obrigações contratuais, e os esforços para recuperar o controle dos direitos de propriedade que tenham sido parcialmente ou totalmente expropriados. (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 62)

Restou esclarecido acima, que a empresa, numa visão dinâmica, pode ser compreendida como

um conjunto de relações jurídicas contratuais que se estabelecem com o propósito de agrupar os fatores produtivos e orientá-los à produção ou distribuição de bens ou para a prestação de serviços com o intuito de gerar lucro para o seu titular (o empresário). (PIMENTA, 2007, p. 299)

Partindo dessa visão, pode-se afirmar que o empresário somente se dedicará à atividade empresarial se seus custos forem menores que seus ganhos:

A partir da premissa de que os atores econômicos racionalmente buscam as opções de conduta que maximizem seus interesses, podemos concluir que o empresário somente se dedicará à empresa se os custos que ela acarreta – sejam de produção, sejam de oportunidade ou de transação – forem menores que seus ganhos, compreendidos nesse caso, exclusivamente pelo sentido monetário da palavra. Sob a perspectiva do empresário, a empresa somente justifica sua existência se estiver apta a gerar lucro por ele legitimamente buscado e esperado. (PIMENTA, 2007, p. 299-230)

Isso porque “o empresário só se sente economicamente incentivado ao exercício da empresa se ela representar a forma mais eficiente de praticar a atividade de finalidade lucrativa por ela pretendida.” (PIMENTA, 2007, p. 300)

Nesse sentido é a lição de Coase:

Em meu artigo ‘The nature of the firm’, eu argui que, apesar de a produção poder ser levada adiante de maneira completamente descentralizada por intermédio de contratos entre indivíduos, o fato de haver um custo para concluir essas transações significa que empresas surgirão para organizar o que de outra forma seriam transações de mercado sempre que seus custos forem menores que levar adiante tais transações por meio do mercado.<sup>14</sup> (COASE, 1990, p. 7)

Outro aspecto interessante a respeito da análise econômica do Direito especificamente para fins deste estudo é a conclusão a que se pode chegar por meio dessa teoria no sentido de que não se pode partir de modelos assistencialistas para promoção da distribuição de riquezas:

Supor que compete ao sistema normativo partir de modelos assistencialistas para promover a distribuição de riquezas deixa de lado uma questão prévia, a qual tem de ver com o estímulo à criação de riquezas. Ou seja, dificultar a apropriação do valor por quem o produz tende a reduzir o bem estar geral. (SZTAJN, 2005, p. 82)

#### 4.2 Vínculo entre incentivos econômicos, autonomia privada e recuperação de empresas

Procedendo a um estudo da recuperação de empresas sob o enfoque da análise econômica do Direito, Pimenta (2007, p. 303) afirma que não se pode ou não se deve esperar que os grupos de interesses envolvidos no processo de recuperação judicial abdicuem dos proveitos advindos da decretação de falência do empresário ou da sociedade empresária, se tais proveitos forem mais eficientes aos seus objetivos para atender ao interesse público de manutenção da empresa. E conclui:

A restauração da empresa que passa por uma crise econômico-financeira somente será eficiente – e portanto viável – se todos esses grupos de interesses organizados vislumbrarem, na manutenção da unidade produtiva, o modo mais eficiente de maximizarem seus interesses. O credor somente

---

<sup>14</sup> Tradução nossa de: *In my article on ‘The nature of the firm’ I argued that, although production could be carried out in a completely decentralize way by mean of contracts between individuals, the fact that it costs something to enter into these transactions means that firms will emerge to organize what would otherwise be market transactions whenever them costs were less than the costs of carrying out the transactions through the market.* (COASE, 1990, p. 7)

orientará sua conduta no sentido da recuperação da unidade empresarial se perceber que esta é, se comparada ao fechamento do empreendimento e recebimento de seus direitos em um concurso com os demais credores do falido, a escolha mais eficiente. (PIMENTA, 2007, p. 303)

O autor defende que a compreensão e a aplicação do processo de recuperação de uma empresa não podem se limitar à preocupação com a preservação da unidade empresarial e com o atendimento de sua função social, pois a manutenção da empresa está vinculada, primeiramente, aos incentivos econômicos e à vontade dos credores e do empresário titular da atividade. Negligenciar esse aspecto implicaria o tratamento do instituto da recuperação sem maiores preocupações com sua utilização eficiente. Portanto,

o limite da recuperação judicial ou extrajudicial de uma empresa está no ponto em que, para cada um dos grupos de interesses a ela vinculados (incluído, nesse caso, os próprios titulares), a busca por sua manutenção seja economicamente mais onerosa que o seu fechamento e liquidação pelo processo falimentar. (PIMENTA, 2007, p. 303)

Logo, nota-se que a recuperação de uma empresa “demanda o esforço conjunto de todos que a ela estejam vinculados”. Afora disso, “acarreta custos inerentes à transação”, de maneira que “é preciso coordenar tais necessidades e custos com a maximização de ganhos, obviamente, considerada pelos envolvidos no processo recuperatório.” (PIMENTA, 2007, p. 304)

#### 4.3 Teoria dos jogos e a deliberação dos credores

Para fundamentar seu posicionamento, o autor apoia-se na “Teoria dos Jogos<sup>15</sup>” que, a princípio, era de interesse apenas de matemáticos e economistas. A obra que introduz no campo jurídico o tema é o livro de Baird, Gertner e Picker (2003), no qual utilizam a Teoria dos Jogos em Direito com a finalidade de analisar o comportamento estratégico como componente fático do estudo jurídico.

<sup>15</sup> A primeira tentativa formal de criar uma Teoria dos Jogos foi feita pelo matemático húngaro Jancsi Von Neumann, em 1928, em um artigo seminal intitulado “Zur Theorie der Gesellschaftspiele”, no qual desenvolve o conceito de interdependência estratégica. (Cf. PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 161)  
O importante é entender o conceito de Von Neumann de “jogo” como simplesmente uma situação de conflito em que alguém precisa fazer uma escolha, sabendo que há outros, ao mesmo tempo, também em processo de escolha. Von Neumann provou matematicamente que sempre há um curso racional de ação para dois jogadores e que os interesses (ou os motivos) de cada um deles pode ser divergentes. (NEUMANN, 1928 *apud* PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 163)

O Direito frequentemente confronta situações nas quais há alguns tomadores de decisão e na qual a ação otimizada a ser tomada por uma pessoa depende do que o outro ator escolhe. Estas situações são como jogos em que as pessoas devem decidir sobre uma estratégia. Uma estratégia é um plano de ação que responde às reações dos outros. A Teoria dos Jogos lida com qualquer situação na qual estratégia é importante. A Teoria dos Jogos vai, conseqüentemente, realçar nosso entendimento de algumas importantes normas e instituições. (COOTER; ULEN, 2004, p. 38)<sup>16</sup>

Pinheiro e Saddi (2005, p. 157) explicam as ideias básicas da referida teoria:

Quando dois (ou mais) indivíduos interagem e suas ações se baseiam naquilo que esperam ou desejam que os outros façam, existe o que se denomina ‘comportamento estratégico’. Quando isso ocorre, a interação entre eles pode ser tratada como um jogo. Em tal situação, a Teoria dos Jogos analisa e ajuda a prever as estratégias<sup>17</sup> racionais desses indivíduos a partir da definição de quais são as regras do jogo. Os estudiosos de Direito e Economia utilizam a Teoria dos Jogos para estudar como as empresas interagem, dadas as normas legais, e para entender como elas influenciam seu comportamento estratégico, como agentes econômicos ou como partes em litígios de diversos tipos.

Ao prever ou ajudar a entender o comportamento das pessoas, a Teoria dos Jogos auxilia o Direito, em seu papel de indutor de condutas, a auto-avaliar-se e a identificar formas de melhorar a sua eficácia e a sua eficiência.

[...].

Pela Teoria dos Jogos, os comportamentos não são ditados, mas sim influenciados pela norma legal, visto que, em certas circunstâncias, pode ser racional ir contra ela. Além disso, a lei pode permitir mais de um tipo de comportamento, e a escolha de qual será seguido pode depender da interação entre os indivíduos. (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 157)

Para compreender como se portam e também como devem atuar os agentes econômicos vinculados a uma empresa em crise econômico-financeira, é necessário estabelecer os elementos utilizados, ou seja: qual é o “jogo”, quem são os “jogadores”, qual o

<sup>16</sup> Tradução nossa de: *The law frequently confronts situations in which there are few decision makers and in which the optimal action for one person to take depends on what another actor chooses. These situations are like games in that people must decide upon a strategy. A strategy is a plan for acting that responds to the reaction of others. Game Theory deals with any situation in which strategy is important. Game theory will, consequently, enhance our understanding of some legal rules and institutions.*

<sup>17</sup> Estratégias nesse sentido são decisões ou comandos que indicam as linhas de ação que um jogador pode adotar durante o jogo, parte dele ou antes mesmo de ele começar. Há mais de uma estratégia possível, e por qual delas o jogador vai optar dependerá (ou não) do que o adversário fizer. As estratégias podem (ou não) traçar um plano de escolhas para cada ponto de decisão, formando (ou não) uma sequência completa de movimentos, por meio dos conjuntos de informações disponíveis (ou indisponíveis), tendo em vista as recompensas oferecidas ao final. (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 165)

“ganho” esperado por eles, quais as “estratégias” disponíveis para cada um e, por fim, quais os efeitos que as diferentes estratégias de ação podem promover para o alcance de seus próprios ganhos e dos demais envolvidos.

Tratando-se de deliberação sobre plano de recuperação judicial de empresa em crise, há o envolvimento de dois ou mais agentes (jogo) e que, obrigatoriamente, coloca todos os grupos de interesses a ela vinculados (jogadores) diante da necessidade de decidir entre a aprovação ou rejeição do plano (estratégias). A decisão de aderir ao plano é uma estratégia que será adotada pelos credores em razão dos proveitos que cada um deles vislumbrar nessa estratégia:

Os esperados ganhos de cada um desses envolvidos são, por sua vez, exatamente os incentivos que os levaram a transacionar com a empresa, ou seja, os provedores dos diferentes fatores de produção apoiarão o plano de recuperação da empresa se essa for a estratégia que lhes proporcione a mais eficiente remuneração pelos insumos que oferecem.

Desse modo, a viabilização da recuperação da empresa está atrelada a que os fornecedores de cada um dos fatores produtivos e também o empresário tenham, na estratégia de apoiar o plano de recuperação, a mais eficiente escolha como meio de atingir os seus próprios objetivos, sejam eles o lucro, o retorno do capital emprestado, a manutenção dos postos de trabalho ou o pagamento das matérias-primas fornecidas. (PIMENTA, 2007, p. 306-307)

Cada jogador somente pode tomar a decisão mais eficiente com base nas informações que detenha sobre o jogo, suas possíveis escolhas e dos demais participantes e os ganhos potenciais de cada estratégia.

Assim, pode-se afirmar que a recuperação judicial se apoia na transparência e na maior veracidade possível das informações sobre a situação patrimonial e financeira do devedor. Somente por meio do conhecimento da realidade econômica do devedor é que os credores e demais envolvidos na recuperação terão subsídios para decidir racionalmente.

O plano de recuperação é uma modalidade de *cooperative game* (jogo cooperativo)<sup>18</sup> em que é necessária a demonstração de que todos os jogadores podem maximizar seus ganhos se colaborarem uns com os outros. (PIMENTA, 2007, p. 307)

---

<sup>18</sup> *The concept of cooperation is important in game theory but is somewhat subtle. The term cooperate means ‘act together, with a common purpose’. We might suppose that, for a coalition of two or more individuals to act together with a common purpose, the individuals would have to set aside their separate utility functions and create something completely new – a collective utility function for determining their collective behaviour.* (MYERSON, 1997, p. 370)

Ou seja, é preciso convencer os provedores de capital de que, embora a princípio a melhor solução para o recebimento de seus créditos possa ser a decretação da falência da sociedade, a aposta na sua recuperação vai levar-lhes à apuração de um valor maior no futuro caso todos os demais “jogadores” também colaborem.

Do mesmo modo, os fornecedores de matérias-primas ou tecnologia devem estar cientes de que abrir mão de algum valor ou direito que tenham contra o devedor pode ser a escolha mais eficiente se houver a perspectiva de que a recuperação da empresa tornará possível a manutenção do parceiro empresarial, bem como as transações contratuais futuras.

Os sócios da sociedade empresária precisam se assegurar de que lhes é economicamente mais eficiente manter a atividade, ainda que sem receber qualquer contrapartida, em prol da remuneração dos fatores de produção e da sobrevivência da empresa economicamente viável.

Quanto aos trabalhadores, o plano de recuperação deve evidenciar que a escolha que melhor atende ao seu objetivo de manter os empregos e os salários pode ser declinar de alguns direitos e verbas trabalhistas, mesmo que isso ocorra para atender a outros fatores de produção.

Analisar a recuperação da empresa como um tipo de jogo cooperativo apresenta uma relevante particularidade: trata-se de um jogo no qual se envolve mais de dois participantes, os quais, por sua vez, tendem a se organizar em grupos em razão dos interesses comuns. Tais jogos cooperativos são denominados de “jogos de coalizão” (*coalitional games*).

Um jogo de coalizão pode ser definido como um modelo de interação entre tomadores de decisão que se foca no comportamento de grupos de jogadores. Cada grupo de jogadores é chamado de “coalização”. A coalizão de todos os jogadores é chamada de “grande coalização”.<sup>19</sup>

No caso da recuperação judicial de empresa, espera-se que da soma das decisões de cada uma das coalizões resulte a grande coalizão que revele a opção por aprovar o plano de recuperação apresentado à assembleia.

No procedimento recuperatório, cada um dos fornecedores de um determinado insumo tem interesses que são comuns aos demais provedores daquele fator produtivo. Dessa forma, a estratégia para a maximização dos

---

<sup>19</sup> Tradução nossa de: *A coalitional game is a modelo f interacting decision-makers that focuses on the behaviour of group of players [...] We call each group of players a coalition of all the players the grand coalition.* (OSBORNE, 2004, p. 239)

ganhos de cada agente econômico do grupo é a mesma dos demais integrantes. Assim, cada conjunto composto pelos fornecedores de cada um dos fatores de produção é uma ‘coalizão’ a interferir sobre a decisão de se apoiar ou não a recuperação da empresa.

A legislação brasileira reforça ainda mais esse caráter de ‘alianças’ ou ‘coalizões’ entre cada conjunto de provedores da empresa ao atrelar a aprovação do plano à sua aceitação pela maioria e não por todos os componentes das diferentes classes de credores (art. 45 da Lei 11.101/05). Assim, o plano prevalece se é eficiente aos anseios dos grupos de credores e mesmo que contrarie os interesses de alguns deles. O que importa são as estratégias e interesses da ‘coalizão’ e não de cada um de seus membros.

[...].

Negligenciar qualquer um dos grupos de interesses citados ou submetê-los ao império de alguns dos outros implica na não colaboração do núcleo prejudicado com o plano e comprometimento dos esforços para a restauração da empresa.

Por outro lado, se os diferentes núcleos de agentes econômicos reunidos em torno da empresa em crise (jogadores) não tiverem razões racionais para acreditar que o esforço conjunto e a concessão a curto prazo pode propiciar-lhes no futuro uma solução melhor para seus ganhos particulares, eles vão e devem decidir pelo fechamento da unidade produtiva, esta sim provando-se ineficiente na produção a distribuição de bens e serviços. (PIMENTA, 2007, p. 309-310)

Conclui o autor, portanto, que os jogadores irão procurar, dentre as possíveis condutas, aquela que melhor atenda a seus objetivos. É o que se denomina “estratégia estritamente dominante<sup>20</sup>”.

Baird, Gertner e Picker (2003, p. 12), ao tratar da estratégia estritamente dominante esclarecem que “um jogador vai escolher a estratégia estritamente dominante sempre que possível e não escolherá qualquer estratégia que seja estritamente dominada por outra. Esse é o mais obrigatório preceito de toda a teoria dos jogos.”<sup>21</sup>

Logo, para Pimenta (2007, p. 310),

Mesmo em se tratando de um jogo cooperativo, somente é possível efetivar a recuperação de uma empresa, apesar de toda a preocupação com sua função social, quando esta for a melhor escolha de maximização dos ganhos de todos aqueles diretamente envolvidos no procedimento.

<sup>20</sup> Pinheiro e Saddi (2005, p. 197) definem estratégia dominante como o “comportamento de um dos jogadores que lhe permite auferir uma recompensa maior, qualquer que seja a estratégia adotada pelo outro jogador. É influenciada pelas possíveis atitudes dos outros jogadores.”

<sup>21</sup> Tradução nossa de: *A player will choose a strictly dominant strategy whenever possible and will not choose any strategy that is strictly dominated by another. This is the most compelling precept in all game theory.*

[...].

Porém a legislação falimentar, inegável variável econômica potencialmente modificadora do modelo elaborado, tem o poder de incentivar, com suas normas, a que os diferentes grupos de interesses em torno do organismo empresarial tomem as condutas que a um só tempo maximizarão os ganhos de todos e de cada um deles. A legislação deve, enfim, criar incentivos aos jogadores para que eles tenham, na colaboração mútua e no apoio ao plano, a estratégia estritamente dominante.

Para Sztajn (2005, p. 60-63), não se pode perder de vista que os interesses dos credores não são homogêneos:

Se a concepção é interessante – dar aos credores poder para se manifestarem sobre a viabilidade da continuação da atividade do devedor comum, afetado por crise econômico-financeira, tecnológica, mercadológica ou outra –, não se pode esquecer que não são homogêneos os interesses das diferentes classes de credores e, por vezes, interesses de credores agrupados em uma só classe [...].

Se para alguns credores a perda decorrente da quebra da empresa em crise é quantificável e até previsível – por exemplo, a perda, ao longo de certo período, de lucros decorrentes da queda na venda de produtos ou serviços até que novos clientes sejam encontrados –, para outros a perda poderá ser expressiva e de difícil mensuração.

A autora exemplifica a ausência de homogeneidade entre os credores tratando de dois casos que podem, de fato, ocorrer.

O primeiro deles diz respeito à primeira classe de credores. Os empregados especializados podem, ou não, ter facilidade em encontrar trabalho. Havendo facilidade na recolocação, o interesse desses credores na recuperação judicial pode ser baixo ou até inexistir. Por outro lado, se a recolocação for complicada, interessará a manutenção dos postos de trabalho ou a preservação das relações com essas pessoas ao longo do processo de recuperação, o que garantirá mais tempo para a recolocação no mercado de trabalho.

O outro exemplo refere-se a fornecedores que tenham feito investimentos específicos ainda não amortizados e que não terão facilidade para encontrar interessados no bem produzido. Esses credores deliberarão considerando o interesse na sua própria atividade e na recuperação dos custos e investimentos feitos.

De fato, não se pode negar que nos casos acima citados a recuperação da empresa em crise pode não ser interessante para credores que, com pequeno ou nenhum esforço, conquistem novos postos de trabalho ou novos mercados, respectivamente.



Esclarece a autora que, como na assembleia de credores os interesses podem não ser idênticos, é importante que todos os credores compreendam a proposta e sejam adequadamente informados.

Pensando em modelos de jogos de cooperação formulados em teoria dos jogos, e sabendo que cada jogador só obterá o máximo se cooperar com os demais, as estratégias disponíveis podem ser estreitadas. Imagine-se um grupo de jogadores de futebol. Se faltar cooperação, empenho de um ou alguns, o resultado da partida tende a ser ruim para o time; daí o incentivo para que todos se empenhem, independentemente de um apenas marcar o gol da vitória.

Razoável que se considere analisar o processo deliberativo assemblear sob a ótica da teoria dos jogos – o que, segundo David M. Kreps, facilita compreender e prever o que ocorrerá diante de dado contexto econômico. Esse o ponto central da questão das decisões tomadas em assembleias de credores. Mesmo que os vários interesses em jogo sejam distintos, não completamente homogêneos, que se possa supor que cada jogador tentará obter para si o maior *payoff*<sup>22</sup>, dadas as estratégias disponíveis para os demais jogadores, resta saber que interesse tenderá a predominar: o da reunião das perdas ou o da compensação futura pela continuidade das relações negociais, se a empresa for preservada. (SZTAJN, 2005, p. 64-65)

Entretanto, a autora reconhece a dificuldade no formatar um jogo desse tipo. Isso porque as decisões majoritárias permitem que um grupo de pessoas possa combinar obter vantagens em detrimento ou à custa de outras, sendo que a teoria dos jogos não tem respostas únicas, não ambíguas, para tais situações.

Como asseveram Pinheiro e Saddi (2005, p. 176),

o Direito é, em certa medida, um conjunto de regras que estimulam um comportamento cooperativo (já se dizia que onde há sociedade, há o Direito...), mas também é importante entender o que fazer exatamente com aqueles que não querem (ou não podem, ou não conseguem) cooperar.

A questão depende da credibilidade na viabilidade do plano, na reputação do formulador e dos fiscais de sua implementação, sobretudo quando a informação não for completa, perfeita e amplamente conhecida por todos os jogadores.

Também pode interferir na formulação das estratégias do plano o seu próprio critério de aprovação – maioria dos créditos e de presentes, conforme disposto no art. 45 e seu § 1º.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Resultado.

<sup>23</sup> Conforme explicitado no item 3.3.1.

Tanto os titulares de crédito com garantia real como os de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral e subordinados votam proporcionalmente ao montante do seu crédito, sendo a deliberação aprovada pela maioria formada pelos valores dos créditos presentes. O plano ainda deve ser aprovado pela maioria dos presentes:

Vale dizer que são duas aprovações simultâneas! Uma em razão do valor do crédito – e, nesse caso, a estratégia dos credores titulares de valores elevados prevalece sobre a dos demais – e outra em que as pessoas, sem levar em conta o montante da pretensão, se manifestam. Pode não haver coincidência de maiorias? Sem dúvida. O que fazer? Esta é uma ameaça crível que os titulares de créditos de maior valor detêm contra os demais? Talvez. Em face de maior absentismo dos pequenos credores, sim; caso contrário estar-se-á diante de um dilema quase sem solução. De todo modo, parece ser estratégia dominante a presença dos credores em todas as assembléias para tentarem influir sobre o sentido da deliberação; e isto precisa ser cuidadosamente avaliado por eles. (SZTAJN, 2005, p. 65)

É interessante destacar que aos credores decorrentes de relações de trabalho e acidente de trabalho não se aplica a forma mista, mas tão somente o voto por cabeça.

Como afirma Rachel Sztjan (2005, p. 65), as classes que, em tese, deveriam votar com foco sobre os aspectos econômicos podem chegar a determinados impasses que provocam o adiamento do procedimento e prejudicam a todos. Indaga a autora: “Seria esse o elemento para estimular a cooperação?”

Se compete aos credores analisar, aprovar ou rejeitar o plano de recuperação apresentado pelo devedor, se devem manifestar-se sobre formas de realização do ativo, se qualquer mudança ou fato que incida sobre seus interesses depende de aprovação, não estranha supor que aqueles credores melhor informados sobre os efeitos de cada uma das matérias tenderão a apresentar argumentos favoráveis às suas posições – o que levará à sua dominância sobre os demais, suas estratégias serão mais eficazes. E, exatamente porque têm informações de melhor qualidade, ou são mais hábeis no seu manejo, podem se aproveitar disso para agir de forma oportunista; seu domínio sobre a atividade, operações econômicas, administração de negócios, por exemplo, lhes permite extrair ganhos ou vantagens; outros credores os obterão mediante ameaças, provavelmente críveis, de recusar a aprovação do plano, do que resultaria a decretação da falência. (SZTAJN, 2005, p. 65-66)

Diante destas considerações, os questionamentos apresentados são:

Como estabelecer um jogo de cooperação? Que estratégias pensar para harmonizar interesses diferentes? Como, nas respectivas assembléias, e no

conjunto, desenhar estratégias que mais de perto induzam os credores a aprovar o projeto de reestruturação da empresa? (SZTAJN, 2005, p. 66)

Sobre essas questões, a autora esclarece:

A vantagem de transferir aos credores decisões que envolvem a preservação, ou não, da atividade da empresa em crise depende de como lidar com essas ameaças, como equacionar as relações internas nas assembleias de credores, como inibir comportamentos voltados para obtenção de vantagens por alguns credores em detrimento dos demais e, sobretudo, coibir pressões indevidas ou capturas de certos credores desinformados. (SZTAJN, 2005, p. 66)

Isso porque a preservação de atividades não pode servir para oportunismos, tampouco para a transferência de riscos aos credores, sob pena de aumento do custo do crédito, que, em última análise, é o que deve orientar as deliberações.

Adverte a autora que não se deve seduzir-se pelo argumento de que o interesse social é que deve influenciar na decisão de preservar a empresa em crise, ainda que falte suporte econômico, técnico e financeiro para tanto:

Não se perca o leitor no argumento de alguns que vêem no interesse social fator que influenciará na decisão de preservar a empresa em crise, ainda que falte o suporte econômico-financeiro para tanto, dadas a ilogicidade e irrazoabilidade de impor a particulares riscos econômicos que não atendem a parâmetros mínimos de economicidade.

Doutrina recente sobre a recuperação de empresas em crise e a competência das assembleias de credores parte da premissa de que estes, os credores, estarão vinculados aos princípios regedores da lei, que 'o credor não pode perpetrar o famigerado abuso de minoria e agir para atender, exclusivamente, ao seu próprio interesse'. Ora, é esse o ponto central da discussão. Ao modelar o jogo, sabe-se que para extrair cooperação é preciso demonstrar que os ganhos e perdas são equitativamente distribuídos entre todos os interessados; que, na hipótese de haver desequilíbrios na proposta, a compensação está prevista em algum momento e sob alguma forma. Que cooperar é melhor que não cooperar; faltando cooperação a falência será declarada, e as perdas, salvo cooperação na forma de realização do ativo, ocorrerão. (SZTAJN, 2005, p. 67)

Em suma, o que se pode concluir de tudo o que foi exposto é que a assembleia de credores não delibera uniformemente porque os credores são divididos em classes que reúnem créditos de natureza diferente, o que tende a aumentar a falta de homogeneidade entre os interesses.

Biolchi (2009 p. XLV), relator do projeto que deu origem à Lei n. 11.101/2005 na Câmara dos Deputados, acredita que a inserção do art. 41 e seguintes da lei, que divide os credores em classes, buscou distribuir os votos de forma democrática, permitindo que todas as classes tenham igual poder, conforme já mencionado anteriormente.

Sztajn (2005, p. 68) considera fracos os argumentos do relator e afirma que dificilmente eles impedirão que o plano não seja rejeitado:

Vê-se, do argumento do relator, que se pretende que grupos menores e mais ativos de credores definam a direção, o sentido do voto, na deliberação; e que se pressupõe que há claro intuito de preservar a atividade. Os dois argumentos são fracos, e dificilmente impedirão que – se alguém perceber que dismantlar o negócio, realizar o ativo e transferir bens que, separados poderão ter maior valor de mercado, gerando maior retorno do que preservar a atividade – se evite a não aprovação do plano. A mesma noção de que há um interesse maior na preservação da empresa que na sua liquidação, que aparece no ‘voto minoritário abusivo’, na função social da empresa, emerge do argumento do relator.

Para a autora, não se pode simplesmente desconsiderar que a empresa é negócio econômico. Logo, sua preservação deve manter foco nas questões econômico-financeiras, nas operacionais e no fato de que deixar de fundar as decisões nesses parâmetros para atender a alguns interesses faz com que se perca eficiência na alocação de recursos escassos. Conclui, assim, que a defesa que fazem alguns doutrinadores de que seria importante preservar as empresas em crise, porque teriam função social, não atende aos critérios de eficiência. De acordo com sua concepção, a função social das empresas é criar riquezas; não podendo fazê-lo, a falência, reorganização ou recuperação, assentadas sobre premissas de economicidade, constituem o meio mais adequado para estimular diligência de administradores e credores. Ou seja, “a inversão de recursos públicos sem critérios de eficiência, a pretexto da função social da empresa, fere a lógica econômica”. (SZTAJN, 2005, p. 56). “Função social geradora de perdas contradiz a própria idéia que preside a modelagem dessa função”. (SZTAJN, 2005, p. 68)

Portanto, a visão da autora é no sentido de que as operações econômicas devem ser analisadas sob a ótica de ganhos sociais e individuais, e sem apropriação privada dos resultados da atividade econômica não haveria incentivos para se aceitar riscos de atuar em mercados. Isso porque não se pode negar que a Constituição Federal explicita que o regime econômico do País é o capitalista.

Assim, ao que parece, o legislador de 2005, ao dividir os créditos em três classes, não considerou que as estratégias que cada uma delas pode escolher não as fazem homogêneas. Daí surgem os problemas. Por exemplo: ao associar créditos com privilégios aos créditos quirografários e subordinados, a lei os trata como se fossem idênticos. Entretanto, se credores titulares de privilégios deliberam com quirografários e subordinados, há de ser porque perderam o que os distinguia, ou seja, a garantia. E essa perda representa o ganho de outros.

Será que as estratégias desenhadas serão idênticas se houver discussão sobre a divisão do *surplus*? Mais provável que as estratégias que cada conjunto, artificialmente grupado, adotará gerem resultados imprevisíveis; embora deliberem em conjunto, há interesses específicos sobre o que o plano altera em relação a seu crédito.

A discordância a respeito do argumento é total, porque, ao dividir os credores em classes, o legislador parte do pressuposto de que haveria, entre os integrantes de cada uma delas, interesses da mesma natureza, homogêneos – o que, como se explicou atrás, pode ser falso, e em certos grupos não há como afastar essa percepção, por isso que se destacam a classificação e grupamento dos credores segundo natureza de seus créditos. (SZTAJN, 2005, p. 68)

Por todo o exposto, a autora conclui que, em vez de se afirmar que há um interesse comum dos credores, que seria a preservação da empresa, deve-se considerar que há interesse comum entre credores de receberem o máximo possível; há interesse de alguns credores em preservar relações negociais com o devedor, mas este pode não ser geral.

Se o escopo da lei for a tutela do crédito, se ficar claro que empresa é negócio econômico desenvolvido em mercados, que há vários centros de interesse, entre os quais o titular da empresa, o mais evidente, é preciso que não se transformem os demais centros de interesse, de trabalhadores, credores, consumidores dos produtos e/ou serviços ofertados, Fisco, em fatores que prejudiquem a circulação do crédito. Por isso que a continuidade da empresa deve ser analisada sob a ótica econômica, e a assembléia de credores, ao avaliar a viabilidade econômica da empresa, deve ser pautada pela preservação do crédito e sua circulação.

Comportamentos oportunistas, *rent seeking*, externalidades, podem existir, e devem ser coibidos pela demonstração de que sem justa divisão de benefícios e ônus, sem confiança, o desequilíbrio gerará reações indesejáveis, com resultados ruins para todos. Relativamente a estratégias, o que se evidencia é que cada interessado tentará desenhar a estratégia que melhor atenda a seus interesses, e o fará certo de que os demais agirão de igual maneira.

Resulta então que se o plano de recuperação proposto afetar de maneira similar todos os créditos, isso lhe conferirá maior probabilidade de aprovação, pois as estratégias que visam a gerar vantagens para um ou alguns credores terão menor probabilidade de ser vencedoras.

[...].

Com as ressalvas e cuidados, atenção para a criação de incentivos adequados será mais fácil induzir a cooperação, nada obstante os certos e sérios conflitos de interesses que possam emergir na disputa que envolve o futuro empresarial do devedor. Se, de outro lado, os incentivos e efeitos de segunda ordem criarem externalidades que interessem a qualquer dos envolvidos que veja a oportunidade de obter vantagens, de dividir o *surplus* de forma a beneficiá-lo, estar-se-á diante de um problema de difícil solução. O comportamento dos interessados – tanto o dos titulares de negócios em crise, quanto o dos credores, que aceitam em boa medida associar-se na empreitada de preservar a atividade – é vital para que os resultados pretendidos pelo legislador sejam atingidos.

Está-se frente a um jogo em que as estratégias no que diz respeito à divisão dos ganhos é elemento importante na tomada de decisão e no qual aqueles menos vulneráveis e mais informados poderão obter vantagens sem que os remanescentes tenham muitos mecanismos de defesa. (SZTAJN, 2005, p. 69-70)

## 5 FUNÇÃO SOCIAL

### 5.1 O significado do art. 47 da Lei n. 11.101, de 2005

O art. 47<sup>24</sup> da lei brasileira é de origem francesa. Dispõe o art. 620-1 do Código Comercial francês ao incorporar o art. 1º da lei de 1985: “É instituído um processo de recuperação judicial destinado a permitir a salvaguarda da empresa, a manutenção da atividade e do emprego, e a apuração do passivo”. (MOREIRA, 2005, p. 264-267)

Segundo a doutrina francesa, os objetivos estabelecidos na lei são hierarquizados, sendo a salvaguarda da empresa o objetivo maior. Afirma o autor que o dispositivo da lei francesa é uma diretiva de interpretação, assim como também o é o art. 47 da lei brasileira. O art. 47 da Lei n. 11.101/05 é considerado norma-objetivo<sup>25</sup>.

Pode-se afirmar que as normas-objetivo definem obrigações de resultado e não meio. No caso do dispositivo em tela, o resultado seria a preservação da empresa:

Superar a crise, manter a fonte produtora de riquezas, em fim, preservar a empresa, é um resultado: o meio para tanto foi conferido pelo próprio legislador, e é a recuperação judicial instituída nos artigos 47-69; o meio não está em outro lugar; o meio não é distinto daquele institucionalizado pela própria lei, e que conta com procedimento próprio para tanto. A lei cria o objetivo a ser alcançado e já traz os instrumentos que lhe viabilizam a consecução.

Essa interpretação, de que o art. 47 é o mandamento nuclear da lei de recuperação e falências, e que todos os demais dispositivos devem ser interpretados a partir de sua moldura, é a mais óbvia; tem-se uma cabeça francesa no corpo americano, para a aplicação nos trópicos e tem de dar samba.

Examinada a estrutura da lei, os instrumentos colocados à disposição do devedor, a atuação do juiz, o grau de envolvimento das diversas classes de credores, chega-se à conclusão de que, embora superior ao regime revogado, e por isso digna de aplausos, a preservação da empresa depende da boa

<sup>24</sup> A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

<sup>25</sup> Grau (1996, p. 443) define a norma-objetivo como aquela que tem a finalidade de “fixar objetivos a serem alcançados”. Assim, pode-se afirmar que a norma-objetivo define obrigações de resultados concretos que devem ser alcançados pelos seus destinatários. Complementarmente, as normas-objetivo “passam a determinar os processos de interpretação do direito”. (GRAU, 1996, p. 136)

vontade do credor, que, como é natural, pensa, antes de tudo, na recuperação de seu crédito. A expectativa da lei é de que os credores sejam agentes para a consecução dos fins do art. 47. (MOREIRA, 2005, p. 266-267)

É esclarecedora a interpretação da Lei n. 11.101/05 realizada por Franco e Sztajn (2008, p. 234) no que se refere à finalidade da recuperação judicial:

Sanear a crise econômico-financeira do empresário ou da sociedade empresária, pressuposto extrajurídico, matéria de fato, que varia de caso para caso. Sanear, aqui, significa equacionar o evento que gera dificuldade para a manutenção da atividade tal como originalmente organizada a fim de preservar os negócios sociais, a manutenção dos empregos e, igualmente, satisfazer os direitos e interesses dos credores.

Destaque-se que, apesar de o art. 47 da Lei de Recuperação de Empresas fixar como objetivo da recuperação judicial a preservação da empresa e de sua função social, a legislação não prevê qualquer contribuição do Estado para a consecução desse objetivo. Na realidade, o “custo social” da recuperação da empresa em crise é transferido aos credores quando lhes é transferido um suposto dever de priorizar a preservação da empresa em detrimento de seus interesses particulares no momento de deliberar sobre o plano de recuperação judicial. (FRANCO; SZTAJN, 2008, p. 234)

A norma do art. 47 assinala como objetivo da recuperação preservar a empresa como unidade produtora, geradora de postos de trabalho e riquezas. Para atingir tal mister, invoca a função social da empresa. Dessa forma, para compreensão da conclusão deste trabalho, faz-se necessário esclarecer qual a compreensão de função social da empresa adotada.

É inegável que se trata de um conceito metajurídico que irá variar conforme a concepção sociológica e ideológica adotada pelo intérprete, razão pela qual se passa à análise do tema.

## 5.2 Origens da expressão “função social”

Na clássica lição de Comparato (1990, p. 3), a empresa é uma instituição social que serve de elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea:



Se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva de elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa.

Nas palavras de Bénéoit (1983 *apud* LAMY FILHO, 1992, p. 54-60), a empresa se tornou a instituição essencial: “meio de vida, lugar de criação, de adaptação, de cooperação, mas também de confrontação, a empresa tornou-se, com a família, a instituição essencial da sociedade”. Por consequência, na atualidade, fala-se muito em função social empresa.

A expressão “função social” encontra-se insculpida no art. 170 da Constituição Federal de 1988 (CF/88). O termo está previsto, ainda, no Código Civil (CC), no art. 421; na Lei de Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76), no parágrafo único do art. 116 e no art. 154; e na Lei de Recuperação de Empresas (Lei n. 11.101/05), no art. 47.

A origem do princípio da função social está na filosofia e remonta a Aristóteles, o primeiro a entender que aos bens se deveria dar uma destinação social. (MARQUES, 1998, p. 49-53)

Posteriormente, a ideia foi impulsionada por São Tomás de Aquino que, embora tenha afirmado que a propriedade seria um direito natural, defendeu que o proprietário não poderia abstrair-se do dever de zelar pelo "bem comum". (MARQUES, 1998, p. 49)

No século XIX, Comte (1890 *apud* DUGUIT, 1975, p. 240), representante do positivismo, formulou o conceito de função social como dever de agir:

Em todo estado normal da humanidade, todo cidadão, qualquer que seja, constitui realmente um funcionário público, cujas atribuições, mais ou menos definidas, determinam, por sua vez, obrigações e pretensões. Este princípio universal deve certamente estender-se até a propriedade, na qual o positivismo vê, acima de tudo, uma indispensável função social destinada a formar e a administrar os capitais, com os quais cada geração prepara os trabalhos da seguinte.

Explica Tomasevicius Filho (2003, p. 34):

Na visão de Comte, havia o binômio ordem e progresso, sendo este condicionante daquele. Por isso, os seres humanos eram vistos como funcionários, que deveriam agir segundo a ordem. Nessa concepção, cada ser humano deve trabalhar em função da ordem social e, por isso, não age livremente, mas sim em benefício ou em função da propriedade.

Na área jurídica, a função social foi estudada pelos juristas Karl Renner<sup>26</sup> e Léon Duguit<sup>27</sup>. Entretanto, os referidos juristas possuíam visões distintas sobre o tema.

Renner (1981 *apud* TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 35), tomando por base a doutrina marxista, em sua obra dedicada à função social dos institutos de direito privado, definiu a “função social como uma abstração do processo econômico e, por isso, a função econômica corresponderia à função social no campo do direito.”

Verifica-se que Renner considerava a função social como a própria função econômica. Assim, a função social de um instituto jurídico seria a imagem da sua função econômica. Alterado o domínio econômico, automaticamente, a imagem no Direito seria alterada. Nas próprias palavras de Renner (1981, p. 49 *apud* TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 35),

qualquer processo econômico que observe isoladamente do ponto de vista técnico é por sua vez, uma parte da totalidade do processo social de produção e reprodução, separado pelo pensamento. Se esse processo for visto em conjunto, a função econômica torna-se função social do instituto jurídico.

Para Duguit (1975), que foi influenciado pelas ideias do positivismo de Comte (1890), o ser humano não possuía direitos. O homem seria tão somente um instrumento a serviço da sociedade, ou seja, por ser membro da coletividade, tinha obrigações a cumprir, uma função social a desempenhar, responsabilidade extensiva aos detentores dos modos de produção. Em sua obra, o autor nega a existência da categoria “direito subjetivo”<sup>28</sup>, por considerar esse direito como uma noção metafísica. Por tal razão, considera que a propriedade não é um direito subjetivo, mas um dever de exercício da função social:

Porém a propriedade não é um direito, é uma função social. O proprietário é o possuidor de uma riqueza, pelo fato de possuir esta riqueza terá uma

<sup>26</sup> Karl Renner foi um político socialista austríaco, autor da obra *Die Soziale Funktion der Rechtinstitute*. Tradução de Cornélia Mittendorfer. Bologna: Il Mulino. Original em italiano: *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale (Os institutos de direito privado e sua função social)*.

<sup>27</sup> Exponente do sociologismo jurídico (1859-1928).

<sup>28</sup> Duguit (2005, p. 9) conceitua o direito subjetivo como “um poder do indivíduo que vive em sociedade. É um poder para o indivíduo obter o reconhecimento social do objeto que pretende, quando o motivo que determina o seu ato de vontade é um fim considerado legítimo direito objetivo”. O direito objetivo, por sua vez, é conceituado pelo autor como “norma de conduta que se impõe aos indivíduos que vivem em sociedade, norma cujo respeito se considera, num momento dado, pela sociedade, como a garantia do interesse comum e cuja violação determina reação coletiva contra o autor de tal violação.”  
Lima (2000, p. 3) define o direito subjetivo como a faculdade atribuída a cada qual de mover a favor de suas pretensões a ordem jurídica.

função social a cumprir; entretanto, cumprida esta obrigação, seus direitos de proprietário estão protegidos. Se não a cumpre ou cumpre mal, se, por exemplo, não cultiva sua terra ou deixa arruinar a sua casa, a intervenção dos governantes é legítima para obrigá-lo a cumprir sua função social de proprietário, que consiste em assegurar o emprego das riquezas que possui, conforme sua própria vontade.<sup>29</sup> (DUGUIT, 1975, p. 179)

Consequentemente, o direito do proprietário é limitado pela missão social que lhe incumbe:

Com a concepção da propriedade-direito-natural, fica-se ao mesmo tempo na impossibilidade de justificar as propriedades que existam de fato e também na impossibilidade de limitar o exercício do direito de propriedade. A propriedade individual deve ser compreendida como um fato contingente, produto momentâneo da evolução social; e o direito do proprietário, como justificado e ao mesmo tempo limitado pela missão social que lhe incumbe em consequência da situação particular em que se encontra. (DUGUIT, 2005, p. 26)

A ideia de Duguit é explicitada por Varela e Ludwig (2002, p. 767-768):

Uma radical crítica ao direito subjetivo, seguida da proposta de sua substituição pela ‘noção realista de função social’, foi feita por Léon Duguit, ao afirmar que a propriedade é uma função social (pois esta lhe seria inerente) – e não que *tem* uma função social. A ideia da ‘propriété-fonction’ já fora expressa por Proudhon, mas foi Duguit quem aprofundou os termos da polêmica, centrando sua atenção no rechaço à concepção de um sistema de Direito privado orientado pelo conceito de direito subjetivo em seu caráter metafísico enquanto poder reconhecido a uma pessoa de impor a sua vontade às demais. Criticou Duguit o que lhe pareceu ser a premissa fundamental do direito: a aceitação de uma “potência supraterrrestre”, mediante a qual uma vontade seria tida como superior às demais. Respalhado pelas ideias de Auguste Comte, negava a existência dos direitos subjetivos e propunha a solidariedade social como fundamento das regras que unem os homens no convívio social. Enfim, tudo ficava reduzido ao plano do direito objetivo, conexo à obrigação social de cumprir certa missão.

Conforme explica Magalhães (2007), essa concepção de função social denota exacerbada necessidade de um benefício social em detrimento do direito individual, como o

---

<sup>29</sup> *Pero la propiedad no es un derecho; es una función social. El propietario, es decir, el poseedor de una riqueza tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta misión sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva su tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme su destino.* (DUGUIT, 1975, p. 179)

de propriedade, acabando com o direito de uso e gozo de qualquer bem, fosse este de produção ou consumo.

Tomasevicius Filho (2003, p. 36) também critica a concepção de função social de Duguit, afirmando que, “ao definir o conteúdo da função social da propriedade, houve um exagero para o outro extremo da problemática da liberdade: praticamente, suprimiu-a.”

O referido conceito também é criticado por Gomes (1975, p. 73), que assevera que “sob o ponto de vista jurídico, o exercício de acordo com o bem comum é insuficiente para a caracterização da função social”.

Hironaka e Chinelato (2003, p. 79-111) alertam que “o grande positivista francês excedeu-se em suas considerações, especialmente ao concluir a sua tese que negou a existência de direitos subjetivos”.

No início da década de 1980, Comparato (1990, p. 6) afirmou que “a grande transformação ocorreu quando se passou a considerar legítima a organização estatal e a ordem jurídica em função de fins ou objetivos determinados, cuja realização se impõe à coletividade”.

Explicita o autor que, de maneira geral, esses fins sociais são fixados, primariamente, na Constituição e, secundariamente, em leis orgânicas, ou na lei do plano. Como exemplo, o jurista menciona o art. 160 da Constituição brasileira de 1967/69<sup>30</sup>, concluindo que, embora se trate de norma programática, ela é dotada de bilateralidade atributiva, podendo ser diretamente aplicada pelo Judiciário, em um litígio individual, ou pela Administração Pública, em casos concretos, ainda que não traduzido o princípio constitucional na legislação ordinária. Não se trata, pois, de simples conselho político ou expectativa constitucional.

Logo, não seria apenas o Estado o destinatário de normas constitucionais desse tipo. Sua observância se imporá a todos, inclusive às pessoas de direito privado. Nesse contexto, no que se refere ao art. 160, já mencionado, e a outros dispositivos fundamentais da ordem econômica e social do País, afirma o autor que as empresas, como principais agentes da atividade econômica, estão obrigadas ao seu cumprimento.

Por esse motivo, encarado o sistema econômico nacional em sua globalidade, seria absurdo considerar a atividade empresarial como matéria de interesse exclusivamente privado, tendo em vista a função social de determinadas empresas. (COMPARATO, 1990, p.

---

<sup>30</sup> O texto original do autor foi escrito sob a égide da referida Constituição (aula inaugural dos Cursos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1983, período diurno).

7-8). A noção de função social, no sentido empregado por Comparato (1990, p. 32), significa o poder-dever do proprietário de vincular o objeto da propriedade a um destino determinado. O adjetivo social evidencia que o objetivo da função corresponde ao interesse coletivo. Trata-se, na realidade, de um poder-dever sancionável pela ordem jurídica.

Para o referido autor, os bens de consumo, destinados ao uso pessoal, não teriam esse destino, que é inerente apenas aos bens de produção.

Para Tomasevicius Filho (2003), a expressão “função social” seria uma reestruturação das categorias jurídicas “direito subjetivo”<sup>31</sup> e “dever jurídico”, podendo ser definida como:

o exercício de um direito subjetivo, de tal modo que se atenda ao interesse público, não apenas no sentido de não impor restrições ao exercício desse direito, mas também no sentido de acarretar uma vantagem positiva e concreta para a sociedade. Dessa forma, entende-se a idéia de que a propriedade obriga ou que há um poder-dever de o indivíduo atender ao interesse público no exercício de seu direito subjetivo. (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 39)

Com base nos ensinamentos do autor, Magalhães (2007, p. 343-344) explicita que a função social não retira a liberdade do indivíduo de agir de acordo com os próprios interesses, mas terá deveres com a sociedade, havendo uma limitação da autonomia privada em razão do bem comum.

Após formular uma definição para o conceito de função social, Tomasevicius Filho (2003, p. 40) conclui que a base do referido conceito deve ser o direito subjetivo, sob pena de não ser possível estabelecer uma distinção entre a ideia de função social de conceitos afins. Logo, a função social só é exigível no exercício desse direito subjetivo e no que for intimamente ligado a ele.

### 5.2.1 Solidarismo jurídico

---

<sup>31</sup> O referido autor define a expressão “direito subjetivo” como o poder jurídico de que a atividade do titular é determinante para o nascimento de direitos e surgimento de deveres. Já o dever jurídico é o vínculo objetivo criado pelo direito em face do indivíduo. Ele está consubstanciado em normas jurídicas que obrigam o indivíduo a adotar determinada conduta. (Cf. TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 37-38)

A expressão “função social” ganhou destaque com a doutrina do solidarismo jurídico. Trata-se de uma doutrina elaborada na França, nas últimas décadas do século XIX, e, posteriormente, também difundida na Alemanha.

A solidariedade foi objeto de preocupação das revoluções de 1789 e de 1848, na França. Entretanto, essa preocupação não repousava sobre um discurso construído de solidariedade. A ideia de solidariedade, já presente nas obras de Leroux<sup>32</sup>, Comte (1978)<sup>33</sup> e Proudhon<sup>34</sup>, constituiu-se, sistematicamente, como ensina Farias (2010), mais tarde: “Depois das primeiras tentativas de síntese feitas por Charles Renouvier, Charles Secrétan, Alfred Fouillé, Marion e Charles Gide, o discurso da solidariedade foi sistematizado conceitualmente por Léon Bourgeois<sup>35</sup> e Durkheim<sup>36</sup>.”

Para compreender as razões do aparecimento do solidarismo, faz-se necessário traçar o contexto histórico de seu surgimento.

Politicamente, os anos 1875-1980 correspondem ao estabelecimento da República na França, com substituição do Marechal Mac-Mahon pelo republicano Jules Grévy.

<sup>32</sup> *Apud* FARIAS, José Fernando de Castro. *Espaço público e reconstrução da solidariedade*. Disponível em: < <http://www.rolim.com.br/2002/pdfs/direito4.pdf> >. Acesso em: 31 maio 2010.

<sup>33</sup> Em seu discurso sobre o espírito positivo, Comte já asseverava que o espírito positivo é diretamente social. Defendia que o homem propriamente dito não existia, apregoando a existência apenas da humanidade, uma vez que considerava que o desenvolvimento provinha da sociedade: “Se a idéia de sociedade parece ainda uma abstração de nossa inteligência, é sobretudo em virtude do antigo regime filosófico, porquanto, a bem dizer, é à idéia de indivíduo que pertence tal caráter, ao menos em nossa espécie. O conjunto da nova filosofia sempre tenderá a salientar, tanto na vida ativa quanto na vida especulativa, a ligação de cada um a todos, sob uma multidão de aspectos diferentes, de maneira a tornar involuntariamente familiar o íntimo sentimento de solidariedade social, convenientemente desdobrado para todos os tempos e todos os lugares. Não somente a ativa procura do bem público será, sem cessar, considerada como o modo mais próprio de assegurar comumente a felicidade privada graças a uma influência ao mesmo tempo mais direta e mais pura e, finalmente, mais eficaz; o mais completo exercício possível das tendências gerais tornar-se-á a principal fonte da felicidade pessoal, ainda que não devesse trazer excepcionalmente outra recompensa além de uma inevitável satisfação interior. Pois se, como não caberia disso duvidar, a felicidade resulta sobremaneira duma sábia atividade, deve então depender principalmente de instintos simpáticos, a despeito de nossa organização não lhes atribuir ordinariamente energia preponderante. Isso porque os sentimentos benevolentes são os únicos que podem desenvolver-se livremente no estado social, que naturalmente os estimula progressivamente e lhes abre um campo indefinido, enquanto em compensação exige, necessariamente, certa repressão permanente dos diversos impulsos pessoais, cujo florescimento espontâneo suscitaria conflitos contínuos. [...].

Por isso, seria aqui supérfluo insistir ainda mais, diante de alguém que possua, embora empiricamente, um verdadeiro conhecimento do homem, no sentido de demonstrar a superioridade necessária do espírito positivo sobre o antigo espírito teológico-metafísico, no que respeita ao florescimento próprio e ativo do instinto social. Essa proeminência é de natureza de tal modo sensível que, sem dúvida, a razão pública a reconhecerá suficientemente muito antes que as instituições correspondentes tenham podido realizar convenientemente suas felizes propriedades.” (COMTE, 1978, p. 77-78)

<sup>34</sup> *Apud* FARIAS, José Fernando de Castro. *Espaço público e reconstrução da solidariedade*. Disponível em: < <http://www.rolim.com.br/2002/pdfs/direito4.pdf> >. Acesso em: 31 maio 2010.

<sup>35</sup> 1851-1925.

<sup>36</sup> 1858-1917.

A última década do século XIX também foi marcada pela perturbação terrorista dos anarquistas, a qual foi compreendida como uma manifestação do socialismo.

No plano social e econômico, destaca-se a grave crise econômica dos anos 1873-1995. Nesse contexto, “domina o medo do socialismo, que é, aliás, algo indeterminado no espírito das pessoas. Quer dizer, domina o pânico de uma ameaça coletiva.” (ARNAUD, 1991, p. 56)

Dessa forma, o terreno se torna fértil para o surgimento da doutrina solidarista, em contraposição às doutrinas unilaterais do individualismo e do coletivismo<sup>37</sup>.

Sobre esse contexto histórico, leciona Sampaio Júnior (2010, p. 7.281):

Os 72 dias da Comuna de Paris<sup>38</sup> evidenciam a inquietação social que assolava a França nas últimas décadas do século XIX e são o prenúncio do movimento denominado solidarismo jurídico, engendrado pela doutrina francesa que, pressionada entre a manutenção da ordem vigente e a influência do socialismo jurídico, elegeu a solidariedade social como o valor máximo a ser buscado pelo Direito.

A solidariedade incorporou-se ao discurso jurídico como o instrumento ideal para apascentar os acirrados ânimos da época e para neutralizar as inflamadas tentativas de subversão da ordem política e social, ao mesmo tempo em que matinha os fundamentos de uma sociedade capitalista e liberal.

Não foi por outra razão que, nas palavras de Arnaud (1991, p. 56-57, 79), o solidarismo surge como uma doutrina tranquilizante do Estado:

O solidarismo aparece, então, como uma doutrina ‘bien de chez nous’, e própria a concorrer seriamente com as mais perigosas doutrinas sociais, especialmente o socialismo. E, no que se refere mais precisamente à

---

<sup>37</sup> Duguit opta por utilizar a expressão “doutrina social” em contraposição à doutrina individual. Para o referido autor, esta expressão designa a doutrina que fundamenta o direito no caráter social e nas obrigações sociais do homem: “Qualificamos assim todas as doutrinas que partem da sociedade para chegar ao indivíduo, do direito objetivo para chegar ao direito individual – todas as doutrinas que afirmam a existência de uma regra que se impõe ao homem que vive em sociedade e que fazem derivar os seus direitos subjetivos das obrigações sociais –, todas as doutrinas que afirmam que o homem, ser naturalmente social, é por isso mesmo submetido a uma regra social que lhe impõe obrigações para com outros homens, e que os seus direitos são apenas derivados das suas obrigações, dos poderes que possui para cumprir livremente e plenamente os seus deveres sociais.” (DUGUIT, 2005, p. 17-18)

<sup>38</sup> Primeira experiência de governo operário da história, originário da revolução proletária em Paris. Fundada em 1871, durou 72 dias (18 de março a 28 de maio). A Comuna de Paris foi resultado da luta da classe operária francesa e internacional contra a dominação política da burguesia. A causa direta do surgimento da Comuna de Paris consistiu no agravamento das contradições de classe entre o proletariado e a burguesia decorrente da dura derrota sofrida pela França na guerra contra a Prússia (1870-1871). Para mais informações históricas sobre o tema, cf. LIGASSARAY, 1991.

concepção de Estado, o objetivo visado pelo solidarismo será o de passar uma imagem de segurança. Isto é, o solidarismo apresentar-se-á como uma doutrina mais do que asseguradora, que é, por fim, apaziguadora e tranquilizante. (ARNAUD, 1991, p. 56-57)

Em resumo: tudo parece demonstrar que o solidarismo é o resultado de um conluio entre uma filosofia calmante, os juristas assustados com o socialismo e os políticos em busca de uma clientela. Decretar algumas vantagens àqueles que as reclamam como um direito, em nome da 'dívida social', e fundar sobre essas duas palavras um sistema sócio-jurídico para fornecê-lo como programa à uma formação política, é assegurar à esses doutrinadores o reconhecimento dos privilegiados mais espertos, permitindo-lhes estigmatizar aqueles que recusavam a perspectiva de transformações sociais anunciadas como 'radicais' e salvadoras por si mesmas.

Por tudo isso, a doutrina solidarista do Estado pareceu-nos tranquilizante, no sentido que falamos hoje de 'tranquilizantes' químicos, sendo no caso, o médico, a própria classe burguesa no poder, e o remédio, o que é administrado ao proletariado. (ARNAUD, 1991, p. 79)

Para Durkheim (1999, p. 31-32), a solidariedade social é um fenômeno moral, cabendo ao Direito reproduzir suas principais formas:

A solidariedade social, porém, é um fenômeno totalmente moral, que, por si, não se presta à observação exata, nem, sobretudo, à medida. Para proceder tanto a essa classificação quanto a essa comparação, é necessário, portanto, substituir o fato interno que nos escapa pelo fato externo que o simbolize e estudar o primeiro através do segundo.

Esse símbolo visível é o direito. De fato, onde existe a solidariedade social, apesar de seu caráter imaterial, ela não permanece no seu estado de pura potencialidade, mas manifesta sua presença através de efeitos sensíveis. Onde é forte, inclina fortemente os homens uns para os outros, coloca-os frequentemente em contato, multiplica as ocasiões que têm de se relacionar. [...] Quanto mais os membros de uma sociedade são solidários, mais mantêm relações diversas seja uns com os outros, seja com o grupo tomado coletivamente, pois se seus encontros fossem raros, só dependeriam uns dos outros de maneira intermitente e fraca. Por outro lado, o número dessas relações é necessariamente proporcional ao das regras jurídicas que a determinam. De fato, a vida social, onde quer que exista de maneira duradoura, tende inevitavelmente a tomar uma forma definida e a se organizar e o direito nada mais é do que essa mesma organização no que ela tem de mais estável e preciso. A vida geral da sociedade não pode se estender num ponto sem que a vida jurídica nele se estenda ao mesmo tempo e na mesma proporção. Portanto, podemos estar certo de encontrar refletidas no direito todas as variedades essenciais da solidariedade social.



Durkheim (1999, p. 36) rejeita a tradicional dicotomia entre direito público e direito privado, afirmando que todo direito é público, tendo em vista que o direito é uma função social:

Todo direito é privado, no sentido de são sempre e em toda parte indivíduos que se encontram em presença e que agem; mas, sobretudo, todo direito é público, no sentido de que o direito é uma função social e de que todos os indivíduos são, embora a títulos diferentes, funcionários da sociedade.

Ao rejeitar a dicotomia público-privado, o autor afirma que seria necessária a classificação das regras jurídicas de acordo com as diferentes sanções a elas ligadas – repressiva ou restitutiva. Cada uma dessas sanções corresponderia a uma forma de solidariedade – solidariedade mecânica ou por similitudes e solidariedade orgânica ou devida à organização do trabalho, respectivamente. (DURKHEIM, 1999, p. 36-37)

A solidariedade mecânica, típica das sociedades primitivas, em que os indivíduos se identificam por meio da família, da religião, da tradição, dos costumes, é uma sociedade cuja coesão social é assegurada porque os indivíduos ainda não se diferenciam, compartilhando as mesmas noções e valores sociais, tanto no que se refere às crenças religiosas como em relação aos interesses materiais necessários à subsistência do grupo. Reconhecem os mesmos valores, os mesmos sentimentos, os mesmos objetos sagrados, porque pertencem a uma coletividade.

De modo distinto, na solidariedade orgânica, característica das sociedades modernas (capitalistas), os indivíduos, por meio da divisão do trabalho, tornam-se interdependentes, garantindo, assim, a coesão social. Os indivíduos não se assemelham, são diferentes e necessários. Assim, o efeito mais importante da divisão do trabalho não seria o aumento da produtividade, mas a solidariedade que gera entre os homens.

A solidariedade mecânica, paulatinamente, vai perdendo terreno para a solidariedade orgânica que, progressivamente, se torna preponderante.

Duguit (2005, p. 21), ao comentar a obra de Durkheim esclarece que, por mais diversas que as formas sociais tenham sido no passado e possam vir a ser no futuro<sup>39</sup>, por mais variados e diversos que, segundo os tempos e países, sejam os laços de solidariedade que

---

<sup>39</sup> As principais formas sociais em ordem cronológica são: a horda, a família, a cidade, a nação.

unem os membros de um mesmo grupo social, a solidariedade social pode ser de duas espécies, mecânica ou orgânica:

Estas duas espécies de solidariedade [mecânica e orgânica] podem exprimir-se em formas infinitamente diversas, conforme as épocas e os países; uma pode predominar sobre a outra; mas quando se observe uma sociedade qualquer, verifica-se que a força que mantém a coesão dessa sociedade é sempre a solidariedade, por similitude ou por divisão do trabalho; a sociedade é tanto mais forte quanto mais estreitos forem os laços de solidariedade que unirem os seus membros. Além disso a observação demonstra que, com o progresso, a solidariedade por divisão do trabalho aumenta cada vez mais, ficando a solidariedade por similitude num segundo plano. Os homens tornam-se cada vez mais diferentes uns dos outros, diferentes pelas suas aptidões, necessidades, aspirações; por conseguinte, as trocas de serviços tornam-se mais frequentes e mais complexas, e por isso os laços de solidariedade social se tornam mais fortes.

Foi Durkheim, no seu belo livro ‘Division di Travail Social’ (1893), que pela primeira vez determinou a natureza íntima da solidariedade social e soube revelar-lhe as duas formas essenciais: a solidariedade por similitude e a solidariedade por divisão do trabalho; chama também à primeira solidariedade mecânica, e à segunda solidariedade orgânica. Durkheim esgotou o assunto; e se podem criticar-se alguns pontos de pormenor no seu livro, as suas conclusões gerais desafiam toda espécie de contestação.

Pelo exposto, pode-se afirmar que teoria de Durkheim (1999, p. 420) estabelece a relação entre a moral, o direito e a solidariedade:

Podemos dizer, pois, de maneira geral, que a característica das regras morais é que elas enunciam as condições fundamentais da solidariedade social. O direito e a moral são o conjunto de vínculos que nos prendem uns aos outros e à sociedade, que fazem da massa dos indivíduos um agregado e um todo coerente. É moral, pode-se dizer, tudo o que é fonte de solidariedade, tudo o que força o homem a contar com outrem, a reger seus movimentos com base em outra coisa que não os impulsos do seu egoísmo, e a moralidade é tanto mais sólida quanto mais numerosos e mais fortes são esses vínculos. Vê-se quão inexato é defini-la como se faz com tanta frequência, pela liberdade; ela consiste antes num estado de dependência. Longe de servir para emancipar o indivíduo, para separá-lo do meio que o envolve, ela tem como função essencial, ao contrário, torna-lo parte integrante de um todo e, por conseguinte, tirar-lhe parte da sua liberdade de movimento.

Em suma, para Durkheim (1999, p. 421), “a moralidade consiste em ser solidário de um grupo e varia de acordo com essa solidariedade”. O que significa que “a moral, em todos os seus graus, nunca se encontrou senão no estado social, nunca variou senão em função

de condições sociais” ou, ainda, que “os deveres do indivíduo para consigo mesmo são, na realidade, deveres para com a sociedade”.

A divisão do trabalho, além de apresentar a característica pela qual a moralidade é definida, tende a se tornar condição essencial da solidariedade social. Isso porque, à medida que evoluímos e as consciências individuais se tornam mais volumosas, a inteligência se torna mais rica e a atividade mais variada. Para que o indivíduo permaneça fixado ao grupo com uma força igual à de outrora, é necessário que os vínculos que o prendem a ele se tornem mais fortes e numerosos. Do contrário, preponderaria o seu egoísmo. Isso é o que constitui o valor moral da divisão do trabalho. Por meio dela, é que o indivíduo retoma consciência de seu estado de dependência para com a sociedade:

Ninguém se prende a grande coisa quando não tem um objetivo mais definido e, por conseguinte, não se pode elevar acima de um egoísmo mais ou menos refinado. Ao contrário, aquele que se dedicou a uma tarefa definida é, a cada instante, chamado ao sentimento da solidariedade comum pelos mil deveres da moral profissional. (DURKHEIM, 1999, p. 424)

Assim, a divisão do trabalho social não pode ser reduzida apenas à sua dimensão econômica, no sentido de que ela seria responsável pelo aumento da produção, sendo esta a sua função primordial. Ao contrário, a divisão trabalho social tem, antes de tudo, uma função moral, no sentido de que ela passa a ser o elemento-chave para a integração dos indivíduos na sociedade:

Mas, se a divisão do trabalho produz a solidariedade, não é apenas porque ela faz de cada indivíduo um ‘trocador’, como dizem os economistas; é que ela cria entre os homens todo um sistema de direitos e deveres que os ligam uns aos outros de maneira duradoura. Do mesmo modo que as similitudes sociais dão origem a um direito e uma moral que os protegem, a divisão do trabalho dá origem a regras que asseguram o concurso pacífico e regular das funções divididas. (DURKEHIM, 1999, p. 429)

Nas palavras de Bourgeois (1896 *apud* ARNAUD, 1991, p. 57-58), a doutrina do solidarismo propugnava que entre as pessoas haveria “um dever moral que resulta do fato de que as gerações presentes têm uma dívida com o passado”. Afora isso, o solidarismo também se referia ao “caráter dos seres ou das coisas ligadas de tal maneira, que o que acontece com um deles, atinge os outros”. Por isso, nasce um “dever moral de assistência entre os membros de uma mesma sociedade, na medida em que eles se consideram parte de um todo.”

Brunot (1903 *apud* ARNAUD, 1991, p. 58), quando defendeu o solidarismo na Academia de Ciências Morais e Políticas, em 1903, afirmou que “a palavra solidariedade não terá outro sentido aqui que de ‘conexão social’ ou ‘interdependência dos homens na vida em sociedade’.”

Nasceu, assim, a doutrina denominada “solidariedade-direito”, que se resume em dois pontos:

Por um lado, a sociedade – onde cada um goza da civilização e do patrimônio comum –, pode ser comparada com a situação de co-herdeiros vivendo na indivisão, e constitui um fato que obriga os participantes que se beneficiam das vantagens sociais a contribuir para com o cumprimento dos encargos sociais. Por outro lado, o homem civilizado é o resultado de duas categorias de fatores: seus fatores próprios..., e os fatores sociais cuja influência modificou ou enriqueceu sua natureza e sua aquisição. (BRUNOT, 1903 *apud* ARNAUD, 1991, p. 58)

Nesse aspecto, no campo jurídico, verifica-se a presença de três teorias que visam a, cada uma à sua maneira, explicar qual é a natureza jurídica daquilo que a sociedade fornece de antemão a cada indivíduo, como destaca Arnaud (1991, p. 59):

Segundo alguns, se a sociedade é uma fonte natural, os bens que ela fornece aos indivíduos estão desobrigados de reembolso. Segundo outros, a sociedade é uma personalidade civil e tem direito à restituição de seus adiantamentos, mesmo se esses foram realizados sem visar um retorno. Por fim, há quem considere que a sociedade tem o direito de reclamar por suas benfeitorias no plano social. De qualquer maneira, os benefícios realizados pela sociedade não constituem um contrato, nem uma doação, nem um empréstimo, mas uma espécie de depósito indevido, mais precisamente de uma dívida quase contratual com as vantagens da boa-fé.

A partir daí, a solidariedade é vista como uma combinação de quase-contratos:

Ao estender o sistema do quase-contrato à teoria do Estado, os solidaristas pressionarão no sentido de privatizar as relações de direito público. Isso contribuirá para formar a crença de que se trata de uma doutrina progressista e, ao mesmo tempo, inofensiva. Assim, a idéia de privatização do direito público e de reorganização da sociedade através de soluções que se encontram entre um direito individualista e um direito social, constituirão os dois momentos de sedimentação desta grande fraude que fez do solidarismo jurídico, sob o manto do progresso, uma doutrina tranquilizante do Estado. (ARNAUD, 1991, p. 60)

Duguit (2005, p. 19-26) foi um dos juristas que representou a doutrina do solidarismo, baseando o seu sistema sobre a interdependência social.<sup>40</sup> Sua teoria, que tem uma base sociológica ligada ao trabalho de Durkheim (1999), funda o direito objetivo na solidariedade social, sustentando que a ordem jurídica reconhece direitos aos indivíduos apenas para que eles possam utilizá-los em prol da sociedade, ou seja, para que possam cumprir sua função social.

Bouglé (1932 *apud* ARNAUD, 1991, p. 61) observou que Duguit propunha um fundamento objetivo para a regra do direito: “A ordem pública deve ser organizada de maneira que cada um possa exercer sua função social, em conformidade com as exigências da solidariedade.”

Verifica-se, assim, que o conceito de função social dado pelo autor e acima transcrito reflete o pensamento da doutrina solidarista:

Fundando-se o direito objetivo na solidariedade social, o direito ‘subjeto’ daí deriva, direta e logicamente. E sendo todo o indivíduo, com efeito, obrigado pelo direito objetivo a cooperar na solidariedade social, resulta disso, necessariamente, que ele tem o ‘direito’ de praticar todos aqueles atos com os quais coopera na solidariedade social e de impedir que, seja quem for, obste à realização do papel social que lhe incumbe. O homem que vive em sociedade tem direitos; mas esses direitos não são prerrogativas que lhe pertençam na sua qualidade de homem; são poderes que lhe pertencem porque, sendo homem social, tem um dever a cumprir e deve ter o poder de cumprir tal dever. Vê-se como se está longe da concepção do direito individual. Não são os direitos naturais, individuais, imprescritíveis do homem que fundamentam a regra de direito que se impõe aos homens em sociedade. É, pelo contrário, porque existe uma regra de direito que obriga cada homem a desempenhar um certo papel social, que cada homem goza de direitos, – direitos que têm assim por princípio e por limites missão que deve desempenhar. (DUGUIT, 2005, p. 25)

A liberdade somente se justificaria quando exercida em benefício da solidariedade social:

A liberdade, incontestavelmente, é um direito, – mas não uma prerrogativa que acompanha o homem fato de ser homem. A liberdade é um direito porque o homem tem o dever de desenvolver sua atividade individual tão plenamente quanto lhe seja possível, – porque a sua atividade individual é

---

<sup>40</sup> Duguit (2005, p. 20) utiliza a expressão “interdependência social” para se referir à solidariedade social, conforme se verifica no seguinte excerto: “O homem, diremos, nós, está ligado aos outros homens pelos laços da *solidariedade social*. Para evitar a palavra solidariedade, pode-se dizer *interdependência social*. Esta solidariedade ou interdependência social abrange toda a humanidade? Seguramente que sim.”

fator essencial da solidariedade por divisão de trabalho. Tem, por conseguinte, o direito de desenvolver livremente a sua atividade; mas, ao mesmo tempo, só possui esse direito na medida em que consagra a sua própria atividade à realização da solidariedade social. A liberdade concebida dessa forma assume um caráter inabalável, pois ela, então, só consiste na liberdade de se cumprir o dever social. (DUGUIT, 2005, p. 25)

Essa noção de direito fundada na ideia do dever já estava presente em Comte (1890 *apud* DUGUIT, 2005, p. 25-26):

A regeneração decisiva consistirá sobretudo em substituir sempre os direitos pelos deveres, para melhor subordinar a personalidade à sociabilidade. Só pôde haver verdadeiros direitos na medida em que os poderes regulares emanavam de vontades sobrenaturais. Para lutar contra essa autoridade teocrática, a metafísica dos cinco últimos séculos introduziu pretensos direitos humanos que só comportavam um papel negativo; quando se tentou dar-lhes sentido verdadeiramente orgânico, depressa manifestaram tais direitos a natureza anti-social pela tendência a consagrar sempre a individualidade. Todos têm deveres para com todos, mas ninguém tem direito algum propriamente dito. Ninguém possui outro direito que não seja o de cumprir o seu dever.

Como se vê da passagem de Duguit, a doutrina solidarista não opunha a liberdade à justiça. A liberdade só seria admissível em proveito de todos. Nisso consistia a justiça na opinião dos solidaristas:

Não se trata de sacrificar a ideia de liberdade pela de justiça. Os solidaristas notam que sua doutrina é menos contestada sobre a existência de uma dívida social, e sobre o caráter injusto que pode ser atribuído ao reembolso dessa dívida, que sobre o fato de que a 'liberdade seria violada se o reembolso da dívida social fosse imposto por via legal'. Tratando-se do princípio de liberdade, Duguit é bastante firme quando diz que de nenhuma forma se atingirá o livre desenvolvimento da atividade intelectual, necessária à realização da solidariedade social, a não ser para evitar que essas atividades individuais incomodem mutuamente. De fato, é a 'proteção da liberdade para todos'. (ARNAUD, 1991, p. 70)

Nessa ótica, Charmont (1903 *apud* ARNAUD, 1991, p. 72) expõe o ideário solidarista:

'Antes de mais nada, queremos proteger a família, especialmente a família trabalhadora, contra as misérias e as injustiças...tornar mais fácil sua constituição rompendo com uma regulamentação excessiva...Fora da família legítima, não podemos ignorar a união livre...autorizar em certas condições a investigação de paternidade, proteger a criança natural'. Em matéria de propriedade, enquanto os próprios burgueses minaram o seu fundamento

com o intuito de protegê-la, e os socialistas anunciavam que ‘para conduzir o movimento social no sentido da propriedade coletiva, bastará expandir certas práticas da sociedade burguesa’, os solidaristas consideravam que, para evitar esse estado de coisas, era necessário suscitar reformas e desenvolver a consciência da solidariedade social. Neste sentido, o primeiro resultado obtido foi o desenvolvimento do direito, principalmente através da transformação ‘de simples obrigações morais em obrigações positivas’, a multiplicação dos casos de responsabilidade, e o aumento da eficácia desta responsabilidade. A este aumento da responsabilidade ‘corresponde uma concepção nova do contrato, de seus efeitos, e de sua força obrigatória... A tendência atual é de substituir esta procura de intenções (das partes) pela preocupação de justiça e do interesse social’.

### 5.2.2 O *neossolidarismo* jurídico

Preceitua o art. 3º da Constituição Federal que são objetivos fundamentais da República “a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem comum”.

Diante desses parâmetros traçados pela Carta Magna, a questão que se coloca é a seguinte: Qual seria a relação dos princípios declinados na Constituição de 1988 com o controle autoritário e impositivo exercido no âmbito das relações privadas?

Segundo Sampaio Júnior (2010, p. 7.284), “pode-se inferir da análise de parte da doutrina brasileira que a solidariedade, aqui, não se limita a um valor ético ou moral que orienta a ordem jurídica; ao revés, ela própria se torna um valor jurídico a ser observado, e se necessário imposto, nas relações intersubjetivas”. As características culturais do Brasil evidenciam que a ideia do solidarismo jurídico não é estranha à nossa cultura. Como destaca o autor, poderia ter sido escrita por um dos juristas brasileiros da contemporaneidade a afirmação de Bonnacase (1932 *apud* ARNAUD, 1991, p. 78) de que “em muitos espíritos, o Direito social é o Direito da solidariedade social, em oposição do Direito do egoísmo que seria o Direito individualista”.

Por isso, Rodolpho Barreto Sampaio Júnior (2010, p. 7.285) utiliza o neologismo “neossolidarismo” para se referir à concepção doutrinária que ressurgiu no direito brasileiro contemporâneo, resgatando as ideias dos solidaristas franceses e inserindo a solidariedade no

mais alto grau do panteão dos valores jurídicos, não temendo em recorrer à lei para a sua imposição<sup>41</sup>.

Essa é, exemplificativamente, a opinião de Benjamin, Marques e Bessa (2009, p. 29-30, 32), ao tratarem da importância da força normativa da Constituição para a construção de um novo direito privado com função social:

Em resumo, certos estão aqueles que consideram a Constituição Federal de 1988 como o centro irradiador e o marco de reconstrução de um direito privado mais social e preocupado com os vulneráveis de nossa sociedade, um direito privado solidário. A Constituição seria a garantia e o limite de um direito privado construído sobre seu sistema de valores e incluindo a defesa do consumidor!

Parece-me que o direito privado brasileiro, com sua nova tendência de valorização dos direitos humanos fundamentais e dos novos papéis sociais e econômicos (como os de consumidor e de empresa), pode estar se transformando em um ‘direito privado solidário’ (*Solidarprivatrecht*). Esta bela expressão da nova doutrina alemã (expressão usada por Hannes Rösler, *Europäisches Konsumentenvertragsrecht*, p. 93) procura simbolizar o processo contemporâneo de mudança e de surpreendente re-sistematização (ou re-construção) do direito privado através do conjunto de valores e ideais da modernidade (liberdade, igualdade e fraternidade), agora sob uma nova roupagem mais material do que formal (Sonja Buckel, Ralph Christensen, Andréas Fischer-Lescano, *Neue Theorien des Rechts*, p. 345 e ss.), que prioriza a igualdade dos mais fracos através de concretas medidas de proteção destes grupos na sociedade globalizada. No meio caminho entre o interesse centrado em si (*egoismus*) e o interesse centrado apenas no outro (*altruismus*) está a solidariedade, com seu interesse voltado para o grupo, o conjunto social, o indivíduo na função e no papel de cada um na vida em sociedade (*humanitas*) (uso aqui a expressão de Höfle de que a solidariedade é o ‘meio’, é a virtude entre o egoísmo e o altruísmo – veja Otfried Höffe (Org.), *Lexikon der Ethik*, p. 287).

[...].

Em resumo, trata-se de um novo direito privado, resultado da influência dos direitos civis (ou fundamentais de liberdade) e dos direitos sociais e econômicos (ou direitos fundamentais positivos de prestação); um direito privado ciente de sua função social, um direito privado guiado pelos valores e pela ordem constitucional.

---

<sup>41</sup> O autor menciona como defensores deste posicionamento solidarista os seguintes juristas: Alberto Pasqualotto (O código de defesa do consumidor em face do novo código civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 43, p. 97, jul./set. 2002), Judith Hofmeister Martins Costa [Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. In: CUNHA, Alexandre dos Santos (Coord.). *O direito de empresa e das obrigações e o novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 248] e Maria Celina Bodin de Moraes (Constituição e direito civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, v. 779, p. 779, p. 55-59, set. 2000).



Destacam os autores que nos encontramos em momento renovador do direito privado brasileiro, nos moldes do que ocorreu na Alemanha, na virada do século XIX para o XX:

Interessante notar que, em seu belíssimo texto, Otto von Gierke clamava por um novo direito privado com função social, e mais influenciado pelas funções típicas do direito público, justamente quando o Código Civil alemão, o BGB de 1866, estava para ser aprovado (*Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (1889), p. 12. No Brasil, encontramos-nos no mesmo momento renovador do direito privado, com a entrada em vigor do novo Código Civil brasileiro de 2002 e a manutenção do Código de Defesa do Consumidor de 1990 e de parte do Código Comercial de 1850 e de muitas leis especiais, todas iluminadas pela ordem valorativa da Constituição Federal de 1988. Como na Alemanha da virada do século XIX para o XX, a virada do século XX para o XXI trouxe muitos desafios para o direito privado brasileiro. Nestes dois casos, tratou-se apenas de *uma nova organização ou sistematização*, em face de um elemento novo, o socialismo, no primeiro caso, ou de uma visão nova exigida pela sociedade capitalista, ou de um mandamento constitucional de proteção dos consumidores no caso brasileiro. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2009, p. 31)

De fato, os institutos de direito civil, desenvolvidos ao longo de séculos, “parecem incompatíveis com a realidade social brasileira, soando elitista o discurso por sua observância em uma sociedade desigual e excludente.” (SAMPAIO JÚNIOR, 2010, p. 7.279)

Num contexto social em que parcela da sociedade se encontra privada de garantias fundamentais mínimas, mostra-se sedutor o discurso de que o magistrado, na análise do caso concreto, deveria preocupar-se mais com a situação econômica e social da parte do que com o respeito às normas jurídicas. Surgem, assim, decisões judiciais que se fundamentam na redução das desigualdades econômico-sociais, em detrimento de direitos legalmente assegurados. E, ainda, diversas obras doutrinárias que defendem a função social do Poder Judiciário, atribuindo-lhe uma função distributiva.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> Pesquisas realizadas com os magistrados revelou que “73,7% dos juízes entrevistados ‘concordam inteiramente’ ou ‘concordam muito’ com a opinião de que ‘o juiz não pode ser um mero aplicador das leis, tem de ser sensível aos problemas sociais’, ainda que ‘apenas’ 37,7% tenham se posicionado da mesma forma sobre a opinião de que ‘o compromisso com a justiça social deve preponderar sobre a estrita aplicação da lei’. Esses resultados contrastam com a visão tradicional que se tem dos juízes, preocupados acima de tudo com a correta aplicação da lei. Eles introduzem também a idéia de que os magistrados se dispõem a sacrificar a previsibilidade e a imparcialidade em favor da justiça social.” (PINHEIRO, 2005, p. 248)  
Essas pesquisas ainda revelam que “o magistrado brasileiro se vê como o responsável por promover a mudança social e em particular reduzir as desigualdades sociais, dispondo-se com frequência a ignorar não apenas os contratos mas também as leis na busca desse objetivo. Predomina a visão de que esse é um papel do juiz singular, mais do que do Judiciário enquanto instituição e que, nesse papel, o juiz deve não apenas impor o Direito feito pelo legislativo, mas fazer ele mesmo o Direito, buscando mais a ‘justiça’ do que a certeza jurídica.” (PINHEIRO, 2005, p. 280)

A desigualdade social serve também de pretexto para que os demais poderes do Estado imponham aos particulares obrigações que, a rigor, incumbiriam ao Estado. Diante de um Estado ineficiente que não fornece à população as garantias mínimas que dele se poderia esperar, a obrigação de se desincumbir de tais ônus é transferida aos particulares.

Utiliza-se um suposto dever de solidariedade, o qual deveria pautar a conduta privada como justificativa para essa prática de transferência de encargos para os particulares. Dessa forma, parte da população teria uma “dívida social” com a maioria restante, que deveria ser paga por meio da assunção de obrigações que o Estado não tem condições de cumprir.

Nesse contexto, a intervenção estatal nas relações entre particulares, para impor-lhes obrigações, tem um cunho notadamente autoritário:

A consequência dessa postura, como se pode facilmente deduzir, é a imposição de obrigações civis a quem não pretendia e não estava obrigado a contrai-las. A intervenção estatal, neste quadro, tem um cunho notoriamente autoritário, apesar de, aparentemente, justificar-se sob a veste de socialmente responsável. Em virtude de uma situação social angustiante, põem-se por terra os direitos e liberdades civis, que por essa ótica poderiam ser momentaneamente relegados a segundo plano, enquanto se construiria uma sociedade justa e igualitária. E é por meio de atribuições indevidamente impostas aos particulares, com amparo em uma solidariedade imposta *manu militari*, que se chegaria a essa sociedade ideal.

Neste contexto, os direitos sociais não seriam consequência da consolidação dos direitos civis e, posteriormente, dos direitos políticos. Ao revés, representariam uma conquista obtida em detrimento dos direitos civis, e a despeito deles. Tal rumo, contudo, antes de avançado e socialmente responsável, ignora um passado não tão remoto, revelando-se temerariamente autoritário e contrário à própria essência do direito civil. (SAMPAIO JÚNIOR, 2010, p. 7.281)

Segundo Sampaio Júnior (2010, p. 7.286), o raciocínio desenvolvido pelos atuais defensores da “autonomia privada solidária” muito se aproxima do pensamento nacionalista autoritário que Fausto (2001 *apud* SAMPAIO JÚNIOR, 2010, p. 7.286) demonstra ter alcançado seu auge no Brasil entre as décadas de 1920 e 1940, e que teve como características “a defesa de uma ordem autoritária, a repulsa ao individualismo em todos os campos da vida social e política, o apego às tradições, o papel relevante do Estado na organização da sociedade”.

Com o declínio do nacional-desenvolvimentismo na década de 1980, restou uma herança pesada para a sociedade brasileira, a qual incluía grande desigualdade social:

Seu legado [do nacional-desenvolvimentismo] incluía uma indústria complexa, mas ineficiente. Ficaram as desigualdades sociais forjadas pela baixa prioridade à educação e pela concentração de renda nas mãos do grupo beneficiário do modelo. Ainda do lado negativo, o nacional desenvolvimentismo forjou uma mentalidade intervencionista nas elites, uma cultura paternalista e uma crise fiscal considerável. (NÓBREGA, 2005, p. 290)

A oportunidade para reversão desse quadro poderia ter sido a democratização de 1985. Entretanto, o novo governo incorporou políticos e grupos de esquerda, os quais pensavam como os militares. Afora isso, a democracia havia gerado a expectativa de que, com o fim do regime militar, seria possível o retorno do crescimento e a extinção das mazelas sociais. O Plano Cruzado trouxe a expectativa de que a inflação poderia ser combatida sem dor, bem como a sensação de que a retomada do crescimento dependia mais de vontade política do que de condições estruturais objetivas.

Nesse contexto é que foi instalada a Assembleia Nacional Constituinte de 1987. Nas palavras de Nóbrega (2005, p. 290), “a constituição foi elaborada com os olhos no espelho retrovisor”, uma vez que “seu conteúdo econômico se pautou pelas idéias ultrapassadas do Estado interventor e paternalista”.

Segundo o autor, duas ideias foram desastrosas no campo fiscal: a de que se deveria regatar a “dívida social” via gastos públicos e a garantia de direitos contra investidas autoritárias, com a constitucionalização de direitos sociais sem maiores preocupações com a sua viabilidade financeira.

Trata-se de uma tentativa de revigorar o nacional-desenvolvimentismo que se tornou, paradoxalmente, a sua pá de cal: “agravou a crise fiscal herdada do modelo, criou uma rigidez orçamentária sem paralelo, aprofundou as ineficiências e contribuiu para acelerar o processo inflacionário.” (NÓBREGA, 2005, p. 290-291)

A submissão do direito privado aos interesses estatais é criticada por Giuseppe D’Eufemia que demonstra a estreita vinculação existente entre a limitação da liberdade do indivíduo em face da supremacia dos interesses sociais e os regimes autoritários:

No Estado corporativo, a autonomia privada é, portanto, conformada de modo que esta se manifeste em função dos interesses nacionais: a iniciativa individual e a capacidade de auto-regramento dos próprios interesses são reconhecidos aos privados, mas ao mesmo tempo são predispostos limites de controle que rendem à autonomia privada um instrumento de consecução de determinados fins do Estado. (D’EUFEMIA, 1942, *apud* SAMPAIO JÚNIOR, 2010, p. 7.287)

Theodoro Júnior (2003, p. 115-116) lembra a manipulação de normas jurídicas pelos comunistas, nazistas, fascistas e seus seguidores, possibilitada por uma visão livre e ideológica do Direito:

Nunca é demais lembrar que foi uma visão exageradamente livre e ideológica do Direito que serviu de sustentação e legitimação às duas maiores hecatombes político-institucionais do século XX: o nazismo e o comunismo. As atrocidades que mancharam a civilização européia não foram produto apenas de puro autoritarismo. Ao contrário, a doutrina do Estado Alemão e das Repúblicas Soviéticas se respaldavam em posições filosóficas e seus ordenamentos jurídicos eram justificados por valores ideológicos muito bem declarados. Juízes e tribunais, em nome da ideologia do Estado, no entanto, puderam conviver com crimes contra a humanidade até então inimagináveis. Bastava que um pequeno e miraculoso ideário do “partido” fosse invocado para que resultados concretos, mesmo absurdos, se tornassem legítimos e constitucionais. Não se tinha uma visão de conjunto do Estado social, mas apenas a do sectarismo exagerado da ideologia partidária.

Um exemplo emblemático do caráter autoritário da sujeição do interesse privado aos fins estatais está exatamente na política do nacional-desenvolvimentismo.

Apesar da sobrevivência no País de correntes adeptas da intervenção estatal, como já destacado, na década de 1990, iniciou-se a percepção de que era necessário viabilizar um novo modelo de desenvolvimento, centrado em uma economia voltada para o mercado e por ele orientada:

Foi apenas no início da década de 1990 que o Brasil abandonou o isolamento econômico que se impôs nas décadas anteriores, dando início a um processo de desestatização, abertura e integração econômica que ainda hoje se mantém. O esgotamento do modelo nacional-desenvolvimentista impeliu o País à adoção da economia de mercado, movimento que, na política, se fez acompanhar pela reinstauração do regime democrático.

No entanto, a adequação ao modelo democrático-liberal exige instituições sólidas, que se assentem sobre a ordem jurídica, assegurando a estabilidade necessária ao desenvolvimento dos mercados. É aí, no entanto, que o passado brasileiro cobra o seu preço.

De fato, décadas de descaso político e a ausência de políticas públicas eficientes conduziram o País ao topo da desigualdade social, com reflexos não apenas na elaboração das leis, mas sobretudo em sua interpretação e aplicação. Como conseqüência, os mercados se deparam com notável insegurança jurídica, além de arcarem com obrigações que, em princípio, seriam atribuições do Estado, e não do empresariado. Nesse contexto, a ordem jurídica funciona não como estímulo à atividade econômico-

produtiva, mas como um entrave, acarretando aumento nos custos ou mesmo impedindo o desenvolvimento de certas atividades. (SAMPAIO JÚNIOR, 2010, p. 7.279)

Em suma, a aplicação das leis civis sofre influência da desigualdade econômica atual, dando origem ao movimento denominado “neossolidarismo”, “de cunho autoritário e totalmente em desacordo com a origem e a finalidade do direito civil [...]”. Assim, faz-se necessário observar que “por detrás de um discurso socialmente comprometido desponta uma corrente teórica de cunho autoritário, despreocupada com os efeitos perversos da tese que endossa”. (SAMPAIO JÚNIOR, 2010, p. 7.279)

Nesse sentido, a lição de Sampaio Júnior bem resume os problemas enfrentados pela re(construção) ou re(surgimento) do solidarismo jurídico:

Esse discurso [solidarista], que se assenta em primorosa retórica, revela-se, na realidade, autoritário, demagógico, e, pior ainda, extremamente perverso. Trazendo à tona a idéia da necessidade de se pagar uma histórica dívida social, transfere para ombros das classes produtivas a responsabilidade por tal dívida. Ignoram, no entanto, os adeptos dessas idéias, que elas impedem que se reivindique do Estado políticas públicas adequadas e necessárias, além de fazer recair sobre os próprios consumidores o custo das medidas indevidamente impostas aos mercados. (SAMPAIO JÚNIOR, 2010, p. 7.289)

### 5.3 Função social da empresa

Como asseveram Franco e Sztajn (2008, p. 271), o conceito de função social da empresa, “de caráter mais político que jurídico, não é de fácil delimitação, variando ao sabor das mais diferentes tendências naquele campo.”

Sob a influência do princípio da solidariedade social, introduzido no direito positivo com a Constituição de Weimar (1919), a função social correspondia ao dever de empregar os meios de produção no modo mais útil à coletividade:

Este ‘modo mais útil’ significava a função de: concorrer para uma melhor distribuição de renda; prover a mais ampla assistência possível às classes

menos favorecidas; e promover a composição entre os interesses dos detentores do poder econômico e aqueles da classe dos trabalhadores. (FRANCO; SZTAJN, 2008, p. 271)

Diferentemente, sob a ideologia do fascismo, a função social foi compreendida como o “dever legal de utilizar a propriedade dos meios de produção, tendo em vista o interesse nacional, o qual era entendido como o aumento da produtividade da nação e o incremento da produção”. (FRANCO; SZTAJN, 2008, p. 271)

Por tal razão, Sztajn (2005, p. 31-32) conclui:

Retrospecto histórico permite constatar que recorrer à função social é característica de regimes não democráticos fazendo com que interesses nacionais (do governo) se sobrepusessem aos individuais.

Outro argumento recorrente para justificar a função social é a perseguição de equilíbrio entre classes sociais, entre o dito poder econômico e os trabalhadores, por exemplo, ou entre aquele e os menos favorecidos. Há ainda quem considere a função social como meio para promover a solidariedade entre membros da comunidade, visando ao maior bem estar geral [...].

Comparato (1990, p. 34-35) afirmou que, tratando-se especificamente de bens de produção, o poder-dever relativo à função social transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos. Em outras palavras, a função social passa de um poder-dever do proprietário para um poder-dever do controlador.

Com base no conceito de função social da empresa, Comparato (1990, p. 9-10) indagava onde ficaria o objetivo de lucro, intimamente ligado à ideia de atividade empresarial, e como compatibilizar essa finalidade particular com os objetivos de interesse comum do povo.

Ao tratar do tema “a função social da propriedade dos bens de produção”, o referido autor, baseando-se na norma do art. 160 da Constituição Federal de 1967/69, concluiu que a lucratividade empresarial não está consagrada como princípio. Logo, não se tratava de um objetivo obrigatório:

O lucro não entra, na organização do sistema econômico, com as características de um *oportere*, de um dever supremo, ou então de uma liberdade fundamental do homem. É um simples *licere*, uma liceidade sem conteúdo impositivo, o que demonstra sua não-inclusão na esfera do social, dos interesses comuns do povo, e sua pertinência ao campo dos interesses

particulares, hierarquicamente inferiores àquele. (COMPARATO, 1990, p. 11)

Afirmou, ainda, que, no caso de colidência entre os interesses particulares das empresas privadas e os seus fins sociais, a solução jurídica se encontraria na prevalência dos fins sociais, nos termos do disposto no art. 160 da Constituição de 1967/69 e 170 da Constituição de 1988, bem como no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil<sup>43</sup>, que orienta a ação do Judiciário para o atendimento dos fins sociais da lei e das exigências do bem comum.

Entretanto, em artigo posterior que trata do tema, Comparato (1996, p. 44-46) reabre a discussão sobre a função social, concluindo, desta vez, pelo alcance limitado, senão nulo, da expressão “função social da empresa”, reconhecendo a incongruência de se falar numa função social das empresas, tendo em vista o fim lucrativo por elas visado:

Na verdade, a idéia de as empresas serem obrigadas, de modo geral, a exercer uma função social *ad extra* no seio da comunidade em que operam, apresenta o vício lógico da contradição. A empresa capitalista – importa reconhecer – não é, em última análise, uma unidade de produção de bens, ou de prestação de serviços, mas sim uma organização produtora de lucros. É esta a chave lógica para a compreensão de sua estrutura e funcionamento. O objeto da empresa, ou seja, o exercício de uma atividade econômica de produção ou distribuição de bens, ou de prestação de serviços, está sempre subordinado ao objetivo final de apuração e distribuição de lucros.

[...].

É imperioso reconhecer, por conseguinte, a incongruência em se falar numa função social das empresas. No regime capitalista, o que se espera e exige delas é, apenas, a eficiência lucrativa, admitindo-se que, em busca do lucro, o sistema empresarial como um todo exerça a tarefa necessária de produzir ou distribuir bens e de prestar serviços no espaço de um mercado concorrencial. Mas é uma perigosa ilusão imaginar-se que, no desempenho dessa atividade econômica, o sistema empresarial, livre de todo o controle dos Poderes Públicos, suprirá naturalmente as carências sociais e evitará abusos; em suma, promoverá a justiça social.

[...] A tese da função social das empresas apresenta hoje o sério risco de servir como mero disfarce para o abandono, pelo Estado, de toda política social, em homenagem à estabilidade monetária e ao equilíbrio das finanças públicas. Quando a Constituição define como objetivo fundamental de nossa República ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária’ (art. 3º, I), quando ela declara que a ordem social tem por objetivo a realização do bem-estar e da justiça social (art. 193), ela não está certamente autorizando uma

---

<sup>43</sup> Hoje denominada de “Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro”, devido à alteração promovida pela Lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010.

demissão do Estado, como órgão encarregado de guiar e dirigir a nação em busca de tais finalidades.

Esta última opinião do autor foi criticada por Arnoldi e Michelin (2000, p. 161):

A afirmação que faz o Prof. Fábio Konder Comparato que a função social da empresa capitalista já vem embutida na mera produção de empregos que gera, constitui, a nosso ver, uma visão restrita e *desatualizada* do problema. O papel que essa instituição desempenha hoje na sociedade é extremamente importante para eximi-la de toda e qualquer obrigação diversa da meramente lucrativa.

Ao comentar essa crítica, Tomasevicius Filho (2003, p. 42) afirma que o problema decorre do uso do conceito de função social para referir-se a coisas distintas não abrangidas por este. Daí a importância de se distinguir os conceitos de função social e responsabilidade social.

Na opinião do referido autor, tratando-se de empresas, a função social só é exigível no exercício da atividade econômica organizada, produtora de bens e serviços com o intuito de lucro – ou seja, apenas nas atividades que constituem elemento de empresa.

Em outras palavras, os limites objetivos da função social estão definidos no objeto social da atividade desenvolvida pelo empresário ou pela sociedade empresária, tendo em vista ser ele que delimita a função econômica da empresa. Assim, “não é possível exigir, com fundamento na função social, o cumprimento de deveres para os quais a empresa não foi criada” (TOMASEVICIUS FILHO, 2004, p. 40), sob pena de se destruir a ideia de direito subjetivo, uma vez que seu titular não poderá se beneficiar dele e terá apenas deveres.

Para Tomasevicius Filho (2003, p. 40),

a função social da empresa constitui o poder-dever de o empresário e os administradores da empresa harmonizarem as atividades da empresa, segundo o interesse da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres, positivos e negativos.

O parâmetro para a construção dos deveres positivos inerentes à função social da empresa seria o art. 170 da Constituição Federal, que trata da ordem econômica.

Magalhães (2007, p. 343-344) conclui que a função social da empresa deve-se firmar no equilíbrio entre o direito de propriedade e a efetivação do fim social da atividade econômica, respeitando os preceitos legais e principiológicos, proporcionando benefícios individuais e coletivos.



O autor alerta, porém, que a função primeira da empresa é o lucro, de maneira que a lucratividade não pode ser anulada a pretexto de cumprir uma atividade assistencial, pois “a empresa tem uma função social, mas não uma função de assistência social”. (MAGALHÃES 2007, p. 343-344)

Logo, primeiro tem-se de reconhecer a função específica da empresa. Somente após essa etapa é que se pode pensar em impor limitações a essa função primária. Conclui que “a função social jamais poderá ocupar a função econômica da empresa” (MAGALHÃES, 2007, p. 345), pois a ausência de lucro leva a empresa à insolvabilidade.

Sua lição é no sentido de que,

considerando a função econômica da empresa como fonte geradora de riquezas, impostos, emprego e lucro, não é certo dizer que, só por funcionar, a empresa cumpre a sua função social. Nesse caso, estar-se-ia adotando a concepção de Renner sobre função social. As decisões dos administradores devem estar voltadas ao bem comum, sem esquecer do objeto primeiro de qualquer empresa.

[...].

Anota-se que é inegável a submissão da empresa a esse novo princípio, para adequá-la à exigência contemporânea, que reforça a moral e a justiça. *Contudo, a função social não pode predominar sobre os direitos e interesses individuais, cabendo à autonomia privada, apenas, conciliar os interesses da empresa com os da coletividade.* (MAGALHÃES, 2007, p. 345-346, grifo nosso)

Cateb (2008, p. 265), embora reconheça que a presença do lucro não é essencial para a caracterização da atividade empresária, esclarece que a sociedade anônima é, na sua essência, uma sociedade de caráter empresário, como definida no próprio art. 2º da lei. Logo, caracteriza-se pelo exercício de uma atividade econômica profissionalmente exercida, de forma organizada, destinada a atingir o mercado com a produção ou fornecimento de serviços lícitos, sempre em busca do lucro.

Conclui o autor:

Não se exerce a empresa por meio de uma sociedade anônima com objetivos gratuitos.

Se para a empresa a busca pelo lucro é uma das principais razões de sua existência, também para o investidor o retorno do investimento, na forma de participação em lucros maiores, justifica e incentiva a criação e aplicação da lei de forma mais eficiente, economicamente considerada. Trata-se da utilização da chamada teoria dos custos de transação, conceito fundamental

da chamada Teoria Neo-Institucionalista, na idealização e aplicação da lei. (CATEB, 2008, p. 265)

Como consequência de uma interpretação da função social da empresa sob a ótica da análise econômica do direito, o referido autor inclui a busca do lucro na definição de função social:

Defendemos que 'função social' equivale a dizer que uma determinada companhia se propõe ao exercício de determinada atividade, de forma lícita e eficaz, gerando empregos e tributos, produzindo riquezas e satisfazendo os interesses de seus acionistas. Enfim, atendendo às necessidades do mercado e da sociedade. Assim fazendo, a companhia cumpre sua função quando produz, industrializa ou revende as mercadorias ou presta os serviços propostos em seu estatuto. Além disso, a companhia deve garantir que a realização de sua atividade deverá vir acompanhada de negócios lícitos, nos quais serão gerados tributos devidos em função da atividade econômica desempenhada. Para que a atividade possa se desenvolver, é necessário que também seja exercida de forma a gerar trabalho e empregos. Por fim, o exercício de todas essas atividades deverá ser feito de forma a maximizar os ganhos e lucros da sociedade e, por consequência, dos acionistas. Essa é a função social da companhia. Para isso, investidores aplicam seus recursos na aquisição de ações. Não é outro o objetivo, senão o de capitalizar seu investimento. (CATEB, 2008, p. 268)

Cateb e Oliveira (2007, p. 11) advertem que o ônus imputado ao exercício da atividade empresarial deve ser mensurado, a fim de se evitar elevados custos de transação que podem acarretar externalidades negativas, sendo incluídos no custo de produção e repassados à sociedade.

Sztajn (2005, p. 48), que também opta pela análise da função social sob a perspectiva da análise econômica do direito, adverte que não se pode comprometer a continuação e a estabilidade das atividades econômicas ao argumento de se cumprir função social.

[...] não se supõe sirva [a função social] para comprometer a continuação e a estabilidade que a atividade requer e que devem dominar a sua preservação. Aqui, a função social do contrato, sobreposta à da empresa, pode ser extremamente perversa, pois sem respeito às regras de economicidade e eficiência, que a organização da empresa terá, os efeitos externos que recairão sobre a coletividade são imprevisíveis.

Sob a perspectiva de Direito e Economia, pode-se concluir, na esteira dos ensinamentos de Zylbersztajn e Sztajn (2005, p. 74), que, ao estabelecer regras de conduta que modelam as relações entre as pessoas, o Direito deverá levar em conta os impactos

econômicos que dela derivarão, bem como os efeitos sobre a distribuição ou alocação de recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados, sob pena de causar prejuízos à própria coletividade que tanto se quer proteger.

Esse entendimento é corroborado por Timm e Machado (2006, p. 11-12):

De acordo com esta análise econômica do Direito, o sistema jurídico cumpre maior função social num modelo regulatório em que o Direito respeita, protege e reforça o mercado, pois admite que este é um fato e uma necessidade social permitindo que ele se desenvolva beneficiando toda a coletividade que nele interage. Dessa maneira, por exemplo, equivocam-se aqueles juristas que defendem que a função social do Direito Privado deva ter um caráter redistributivo, de índole publicista ou constitucional, com vistas a gerar maior 'justiça social' – tema que vem sendo discutido em razão do polêmico artigo 421 do Código Civil.

Ao contrário, ao gerar maior eficiência das instituições sociais de mercado, será um Direito tipicamente privado que gerará maior riqueza social e, portanto, maiores condições para a própria redistribuição, em seu local adequado, via tributação e políticas públicas governamentais (que são inequivocamente o melhor instrumento para gerar 'justiça social').

Como se vê, a positivação da função social da empresa sem a delimitação do referido conceito importa em diferentes interpretações sobre o tema: há autores que defendem que o interesse coletivo deve prevalecer sobre o objetivo de lucro, baseando-se em uma interpretação fundamentada no paradigma do solidarismo jurídico; outros que pretendem conciliar os interesses da empresa com os da coletividade; e, ainda, aqueles que colocam em primeiro plano os interesses individuais e o funcionamento do mercado numa perspectiva de Direito e Economia.

A título de exemplo, podemos destacar que, enquanto Arnoldi e Michelin (2000) afirmam que a busca incessante do lucro, por si só, não mais atende às necessidades econômicas e sociais da atualidade e que a empresa moderna cada vez mais obtém para si funções antes inerentes ao Estado, Cateb (2008), filiado à corrente da análise econômica do direito, afirma que as atividades econômicas devem ser exercidas de forma a maximizar os ganhos e lucros da sociedade.

O presente trabalho opta pela compreensão da função social da empresa da maneira como exposta por Franco e Sztajn (2008). Na opinião das autoras, a função social da empresa deve ser compreendida como o exercício de um poder dever, de organizar, explorar e dispor, conforme os ditames da justiça econômica e social. Em outras palavras, trata-se do dever de colaboração com os objetivos do desenvolvimento. No entanto – e essa observação é

importantíssima –, as autoras advertem que a realização desses objetivos, com a ideia de função social da empresa, somente pode ser obtida caso seja possível alcançar uma atuação harmônica que englobe todos os interesses eventualmente conflitantes, mediante uma solução de equilíbrio:

Se, por um lado, se impõe a tarefa de concorrer por uma melhor distribuição de renda e um dever de assistência às classes menos favorecidas, conforme os princípios da justiça distributiva, por outro, é necessário não descurar do incentivo à atividade econômica de onde, presume-se, deverão advir os recursos aptos a proporcionar essa melhor distribuição de renda e assistência. Daí o limite representado pela tutela dos acionistas enquanto investidores. Embora o interesse nacional e o da economia nacional não se insiram como fins em si mesmos na noção de função social, são limites que não podem ser ultrapassados, o que leva a atender ao dever de colaboração tendo em vista também o interesse econômico nacional. Isto, porém, sem perder de vista o caráter instrumental deste interesse perante a realização do interesse social e sem esquecer que sem o econômico não é possível o social. (FRANCO; SZTAJN, 2008, p. 282)

Sztajn (2005, p. 48) adverte que não se pode comprometer a continuação e a estabilidade das atividades econômicas ao argumento de se cumprir função social, sendo necessário não se descurar das regras de economicidade e eficiência:

Não se supõe sirva [a função social] para comprometer a continuação e a estabilidade que a atividade requer e que devem dominar a sua preservação. Aqui, a função social do contrato, sobreposta à da empresa, pode ser extremamente perversa, pois sem respeito às regras de economicidade e eficiência, que a organização da empresa terá, os efeitos externos que recairão sobre a coletividade são imprevisíveis.

Com base no exposto, são pertinentes as indagações das autoras sobre o tema objeto deste trabalho:

Por outro lado é de se indagar em que medida o critério função social é suficiente para manter uma empresa, sem condições econômicas objetivas de eficiência atuando. Basta, para tanto, aprovação dos credores para quanto ao plano apresentado? Têm eles ‘expertise’ adequada para apreciar a viabilidade da atividade? Não seria de se considerar a possibilidade de danos à esfera subjetiva de outrem, terceiros inocentes que, de boa-fé, ao negociarem com essa empresa podem ser atingidos em seu patrimônio pela sua preservação? Só a manutenção de postos de trabalhos é razão suficiente para suportar a ineficiência? Em que medida se abole a responsabilidade individual por ato próprio, para onerar aquele que, diligentemente, se permite, sem pena de si mesmo, considerar ser o único responsável pelos seus sucessos ou fracassos? Justifica-se perante a equidade, colocar em risco

os demais participantes do mercado que podem ser atingidos pela preservação indevida de um organismo falsamente produtor de riquezas? Estas são perguntas para as quais não temos respostas. Com tudo, se, quando a empresa é lucrativa, se admite a apropriação dos resultados, parece lógico que quem fica com o bônus deverá suportar eventuais ônus. (FRANCO; SZTAJN, 2008, p. 285-286)

Logo, pode-se afirmar que não se pode atribuir um significado à “função social da empresa” sem considerar o objetivo de lucro inerente à atividade e, ainda, desprezando os interesses particulares e, ao mesmo tempo, impondo-lhes o ônus de arcar com obrigações do Estado.

## 6 O PAPEL DO ESTADO-JUIZ NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Com base no art. 35, há doutrinadores que defendem que o juiz não pode examinar o conteúdo da deliberação dos credores que lhe é levada à homologação. Outros, considerando a possibilidade de conflito de interesses, afirmam que o poder deliberativo da assembleia dependerá da decisão final do Poder Judiciário.

Leciona Campos Filho (2007), que a recuperação judicial almeja a harmonização dos interesses intrinsecamente conflituosos, titularizados pelos credores, pelos empregados e pelo próprio devedor. Segundo o referido autor, o legislador não consagrou os credores como os principais destinatários da recuperação judicial. Do mesmo modo, a lei não estabeleceu como objetivo principal restabelecer a higidez econômico-financeira do devedor:

Evitou o legislador, de modo deliberado, eleger os credores como principais destinatários da recuperação judicial. Preferiu, ao contrário, a ousada e difícil tentativa de composição dos interesses dos agentes econômicos em cena. Mencionou, expressamente, o estímulo à atividade econômica e o prestígio da função social da propriedade como paradigmas da recuperação judicial. (CAMPOS FILHO, 2007, p. 79)

Embora a lei não tenha elegido apenas o interesse dos credores como relevante, a realização do crédito constitui o seu mais importante e legítimo interesse, pautando sua atuação na assembleia de credores. (CAMPOS FILHO, 2007, p. 136)

A lei prevê a participação direta e decisiva dos credores na deliberação sobre a proposta apresentada pelo devedor. A manifestação dos credores, ressalvada a hipótese de consentimento tácito verificado pela ausência de objeção de qualquer credor ao plano, ocorre por meio do voto. Assim, é de se indagar: Quais serão os limites definidores do exercício regular do direito de voto em assembleia-geral em matéria de recuperação judicial? Em que medida esse exercício irá se revelar abusivo e prejudicial aos interesses conectados aos da empresa? (CAMPOS FILHO, 2007, p. 144)

Segundo Campos Filho (2007, p. 144-145),

O credor, em princípio, vela por interesses que são seus, representados por um crédito impago e que vê, na recuperação judicial, um instrumento eficaz de realização desse mesmo crédito. Para ele, a aprovação do plano de recuperação deve circunscrever-se ao interesse específico de solução de relação jurídica obrigacional que o identifique na posição jurídica de credor.

Não se pode olvidar, entretanto, que a recuperação judicial contempla outros interesses tão legítimos quanto os do credor, todos encartados na redação que o legislador conferiu ao artigo 47 da lei.

O fenômeno econômico da insolvência, do ponto de vista legal, não pode mais conceber os estreitos lindes sugeridos pela relação jurídico-patrimonial havida entre credor e devedor. Transcende, hodiernamente, esses limites para deitar profundas raízes no enfoque do interesse social e nas exigências do bem comum, ressaltadas tanto no texto constitucional quanto na legislação própria.

Ainda a considerar, para efeito de identificação do voto regular exercitado pelo credor nas assembleias previstas na Lei 11.101/2005, que a falência veio concebida com irrecusável perfil liquidatário, à medida que, tão logo finde a arrecadação de bens, tem-se início o processo de alienação dos ativos da massa, independentemente da elaboração do quadro-geral de credores.

Em sã consciência, não se pode, aprioristicamente, censurar o titular de um crédito que vislumbre na liquidação falimentar maiores e melhores possibilidades de realização do seu crédito que no ambiente da recuperação judicial. Assim, poderá ser considerado abusivo, o voto do credor que rejeite o plano de recuperação judicial porque a decretação judicial de falência poderá contemplar, de modo mais completo, seu crédito?

Como a Lei de Recuperação de Empresas não trata do exercício abusivo do direito de voto, tampouco prevê sanções para os casos de abuso, entende o autor que caberá ao juiz, no caso concreto, identificar as hipóteses de exercício abusivo do direito de voto, impondo as sanções correspondentes:

Não exercerá o magistrado, principalmente em sede de recuperação judicial, atribuições meramente homologatórias, chancelando com uma espécie de 'visto' judicial a vontade imperativa dos credores. Ao contrário, sua atuação deverá ser efetiva, evitando-se o desequilíbrio que a disparidade de poderio econômico poderá ensejar.

Não obstante a ausência de parâmetros sobre o exercício abusivo do direito de voto na lei falimentar, o juiz poderá reconhecê-lo em razão do exercício manifestamente excedente dos limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes pelo titular do direito de voto.

[...].

Atento aos limites identificadores da boa-fé e do fim econômico ou social que a lei impõe em relação aos atos praticados no exercício de um direito, ao juiz caberá tarefa de identificar, em cada situação específica, o comportamento do credor que tenha utilizado o seu voto como instrumento de violação ao direito de outrem. (CAMPOS FILHO, 2007, p 145-147)

Ou seja, na opinião do autor, a intervenção judicial na deliberação dos credores sobre o plano apresentado pelo devedor é possível. Entretanto, o argumento por ele apresentado para justificar a intervenção limita-se à aplicação analógica do art. 187 do Código Civil, que trata dos casos de abuso de direito.

Lobo (2005, p. 131) vai ainda mais além e defende que, para a correta aplicação do art. 47 da Lei, os operadores do direito deverão realizar uma criteriosa “ponderação de fins e princípios”, não se podendo conceber a função do magistrado na ação de recuperação judicial como uma função meramente formal – mero homologador das deliberações da assembleia-geral de credores:

No caso da ação de recuperação judicial da empresa, a assembléia geral de credores, primeiro, depois, o Ministério Público e, por derradeiro, o juiz da causa deverão sopesar a realização dos fins – salvar a empresa, manter os empregos e garantir os créditos –, através do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, quando, então, talvez, venham a concluir que o caso concreto exige o ‘sacrifício’ de determinado fim se indispensável ao saneamento da empresa ou o ‘sacrifício’ parcial do interesse da empresa em benefício de empregados e credores etc., pois, como ressaltam os franceses, os procedimentos coletivos são ‘procedimentos de sacrifício’ que limitam os poderes do devedor e restringem os direitos dos credores.

Deverão, ao mesmo tempo, empenhar-se na ‘ponderação de princípios’ – o da conservação e da função social da empresa, o da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho e da segurança jurídica e da efetividade do Direito –, através do ‘teorema de colisão’ de Alexy, para o qual diante de um choque de princípios, as circunstâncias fáticas determinarão qual deve prevalecer, pois ‘possuem uma dimensão de peso’, verificável caso a caso.

Por isso, aos que sustentam ser a função do magistrado na ação de recuperação judicial de empresa simplesmente formal, o que o transformaria em mero homologador das deliberações da assembleia geral de credores, respondo que o juiz, no processo de reorganização da empresa, exerce, em toda a sua plenitude, poderes de caráter jurisdicional ou ‘poderes-fim’, ‘poderes-meio’ ou ‘instrumentais’ e ‘poderes administrativos’[...].

Guimarães (2006) possui o entendimento semelhante ao de Lobo (2005), no sentido de se exigir uma postura menos formalista do aplicador do Direito. Defende a autora que “se o instituto [recuperação judicial] tem cunho social e o escopo da nova lei é exatamente o de privilegiar a função social da empresa, não se justifica mitigar o interesse coletivo em favor do interesse dos credores.” (GUIMARAES, 2006, p. 162)

Com base nesses argumentos, conclui que é necessária uma mudança de mentalidade no exercício da atividade exegética, menos formalista e abstrata, em especial quando se trata de normas de conteúdo econômico, como neste caso.



Ainda nesse sentido é a lição de Bezerra Filho (2007, p. 174), para quem o juiz não está vinculado à decisão da assembleia, devendo, porém, fundamentar suficientemente sua decisão.

A questão é delicada e exige um raciocínio interdisciplinar, sob pena de se incorrer no mesmo erro que os autores que defendem a intervenção judicial na decisão da assembleia, dando ampla margem de discricionariedade ao magistrado, embora não haja previsão legal para tanto, e, ainda, gerando insegurança para o mercado.

Não há a possibilidade de se aguardar uma interpretação jurisprudencial sobre o tema, como sugere Betti (2005, p. 237), pois a economia e o mercado continuam em funcionamento e precisando de respostas. Dessa forma, uma delimitação para a interferência do magistrado na deliberação sobre o plano de recuperação judicial deve ser buscada, ainda que não se trate de uma solução perfeita e acabada.

Por tal razão, neste trabalho seguem-se os argumentos de Fazzio Júnior (2005), França (2005) e Campinho (2006), a seguir expostos, que restringem a atuação do magistrado.

Fazzio Júnior (2005, p. 98-99) defende que árbitros da recuperação são os credores, cabendo ao magistrado a tarefa de homologar a decisão dos credores.

Na mesma linha, França (2005, p. 72) defende que o juiz está adstrito a observar o resultado da deliberação assemblear, se tomada com observância das prescrições legais.

Para Campinho (2006, p. 11-12), apesar de a recuperação ser homologada judicialmente, sua índole é contratual, prevalecendo a autonomia privada das partes e vinculando a decisão do magistrado ao conteúdo do plano de recuperação. Assim, a atuação do juiz ficará restrita à verificação das disposições legais aplicáveis ao plano.

Nesse contexto, é interessante trazer à baila a explicação de Moreira (2005, p. 251-252) sobre a tutela jurisdicional na recuperação de empresas. O autor sintetiza o assunto ao dividir a atividade jurisdicional em dois escopos: a aplicação do Direito e a pacificação social. Quando duas pessoas estão em conflito, a jurisdição é acionada para aplicar o direito ao caso concreto. Mas a jurisdição tem também por finalidade promover a paz social.

Afirma o autor que

é lícita a concepção de atividade jurisdicional para que as pessoas envolvidas em relação crédito-débito cheguem a uma composição, sem que o juiz seja chamado a se pronunciar autoritativamente. A atipicidade da atividade jurisdicional admite plenamente esse tipo de técnica concebida para a superação de conflitos, no caso, conflito na relação débito-crédito.

O pronunciamento judicial, seja na hipótese de aceitação do plano, seja na hipótese de rejeição do plano, é meramente homologatório e disso não deixa dúvida o disposto no art. 59, § 1º: ‘A decisão judicial que conceder a recuperação judicial constituirá título executivo judicial, nos termos do art. 584, III, do Código de Processo Civil’, que, por sua vez, é bom que se transcreva, diz ser título executivo ‘a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que verse matéria não posta em juízo’.

Na há, pois, decididamente, julgamento do plano de recuperação judicial, como não há julgamento da separação consensual de um casal; a atividade jurisdicional é a de homologação da vontade dos credores e do devedor.

A exceção fica por conta do art. 58, § 1º, em que o juiz, ainda por meio de homologação, vai impor o plano aos credores discordantes. Mas, ainda nesse caso, em essência, o juiz vai homologar a vontade da maioria, sem dar importância à rejeição da minoria, muito embora a decisão aqui, dependa de outros requisitos, adiante examinados.<sup>44</sup>

Não há lide a ser examinada; a petição inicial não descreverá um conflito a ser dirimido pelo juiz. (MOREIRA, 2005, p. 251-252)

Mais adiante, o autor trata especificamente do tema objeto deste trabalho – poder de deliberação dos credores *versus* preservação da unidade produtiva – trazendo uma pertinente conclusão:

Poder-se-ia imaginar, neste campo, um embate entre a deliberação da assembléia e a atuação do juiz. Poderá, em tese, o devedor, não obstante a deliberação da assembléia pela rejeição do plano, postular ao juiz sua aprovação. Poderá o juiz examinar esse pleito, em nome da preservação da unidade produtiva, de amplo interesse social?

Já deixamos registrado, de início, que o juiz brasileiro, com a boa vontade de preservar a empresa, superou o desenho da concordata preventiva, dilatou prazos, e acolheu planos de reorganização de empresas, alterando a relação débito-crédito sem a previsão legal de poderes para tanto, em nome de um alto valor, que é a preservação da empresa, sem, muitas vezes, verificação ampla de tal efetiva possibilidade.

Todavia, a Lei 11.101/05 não confere ao juiz tal prerrogativa. A rejeição do plano pela assembléia é vinculante para o juiz. Descabe, portanto, qualquer possibilidade de desprezo à vontade dos credores de rejeição do plano.

Rejeitar o plano é papel conferido exclusivamente à assembléia; declarar a falência é ato exclusivamente jurisdicional. Ao receber a ata da assembléia, contendo a decisão de rejeitar o plano, o juiz deve prolatar a sentença declaratória de falência, atendidos os requisitos do art. 99. A declaração de falência é consequência imediata da decisão da assembléia de rejeição do plano. Não há outro caminho procedimental a ser seguido.

---

<sup>44</sup> Conferir o tópico 3.3.2 deste trabalho para mais detalhes sobre o assunto.

Uma das grandes inovações da nova lei é a de trazer os credores para o centro do processo concursal; eles que estiveram afastados dos processos em praticamente todo o século XX. O aprendizado, por certo, não será fácil; mas também é certo que eles não podem ser afugentados por decisão judicial que lhes supere a vontade legitimamente expressada na assembléia. A ser assim, ter-se-ia uma decisão judicial a contrariar a *ratio legis*, que é a de outorgar aos credores a mais ampla possibilidade de deliberar sobre o sacrifício que poderão ter. (MOREIRA, 2005, p. 255-256)

Por fim, não se pode menosprezar a função atribuída ao magistrado nesses casos, que é a de verificar a regularidade do procedimento, ao argumento de que ele estaria agindo como mero “carimbador”. Como afirma Moreira (2005, p. 254), “trata-se de importante função da Jurisdição, cujo escopo não pode ser desprezado, que é o de pacificação social.”

## 7 CONCLUSÃO

Diante do exposto, verifica-se que os credores não abdicarão dos proveitos advindos da decretação de falência de uma empresa em crise econômico-financeira, se tais proveitos forem mais eficientes aos seus objetivos, para atender ao interesse público de preservação da empresa. Isso porque o processo de recuperação de uma empresa não se limita à preocupação com sua preservação. A manutenção da empresa também está vinculada aos incentivos econômicos e à vontade dos credores e do titular da atividade.

Se os diferentes agentes econômicos reunidos em torno da empresa em crise não tiverem razões racionais para acreditar que o esforço conjunto pode propiciar-lhes, no futuro, melhor solução para seus ganhos particulares, eles decidirão, inevitavelmente, pelo fechamento da unidade produtiva.

Somente será possível efetivar a recuperação de uma empresa quando esta for a melhor escolha de maximização dos ganhos de todos os envolvidos no procedimento.

Diante disso, razão assiste àqueles autores que fazem uma análise da recuperação de empresa sob o enfoque da análise econômica do direito ao asseverar que a vantagem de transferir aos credores decisões que envolvem a preservação, ou não, da atividade da empresa em crise depende de como equacionar as relações internas nas assembleias de credores, como inibir comportamentos voltados para a obtenção de vantagens por alguns credores em detrimento dos demais e, sobretudo, coibir pressões indevidas ou capturas de certos credores desinformados.

Acima de tudo, é importante destacar que a preservação de atividades não pode servir para oportunismos, tampouco transferir riscos aos credores, sob pena de aumento do custo do crédito. Em outras palavras, não se pode argumentar que o interesse social é que deve influenciar a decisão de preservar a empresa em crise, ainda que falte suporte econômico, técnico e financeiro para tanto. Não é lógico e razoável impor a particulares riscos econômicos que não atendem a parâmetros mínimos de economicidade.

A defesa que fazem alguns doutrinadores de que seria importante preservar as empresas em crise porque teriam função social não atende aos critérios de eficiência. Função social geradora de perdas contradiz a própria ideia dessa função. Destaque-se que a função social da empresa não impõe aos credores um dever de agir altruisticamente em prol da

preservação da empresa em crise. Essa interpretação altruística da função social da empresa, baseada no paradigma solidarista, não condiz com a realidade atual.

Portanto, as operações econômicas devem ser analisadas sob a ótica de ganhos sociais e individuais, e, sem apropriação privada dos resultados da atividade econômica, não haveria incentivos para se aceitar riscos de atuar em mercados.

Não se pode deixar de considerar, ainda, que, ao dividir os créditos em três classes, o legislador não considerou que as estratégias que cada uma delas pode escolher não as fazem homogêneas. Daí surge problemas. Afora isso, as decisões majoritárias permitem que um grupo de pessoas possa combinar obter vantagens em detrimento ou à custa de outras.

Portanto, em vez de se afirmar que há um interesse comum dos credores, que seria a preservação da empresa, acredita-se que há interesse comum entre credores de receberem o máximo possível. Ou, ainda, que há interesse de alguns credores em preservar relações negociais com o devedor, mas este pode não ser geral.

Entretanto, certo é que não se pode censurar o credor que vislumbre na liquidação falimentar maiores e melhores possibilidades de realização do seu crédito.

E, mais, embora haja opiniões doutrinárias em sentido diverso, entende-se que a lei não atribuiu ao juiz poderes para interferir no conteúdo do plano de recuperação. De modo que a decisão sobre a recuperação é dos credores, que, conforme salientado, não irão se descurar de seus interesses particulares em prol da preservação da empresa.

Assim, a decisão da assembleia-geral de credores prevalecerá, só podendo haver interferência do Poder Judiciário na hipótese expressamente prevista (art. 58 da Lei n. 11.101/05), ou em caso de flagrante ilegalidade e abuso do direito de voto.

Não obstante, deve-se destacar a ausência de parâmetros sobre o exercício abusivo do direito de voto na Lei de Recuperação de Empresas, o que, sem dúvida, gera uma análise muito subjetiva por parte do Poder Judiciário do que possa ser caracterizado como abuso de direito de voto. Por tal razão é que se defende que a interferência do magistrado somente pode ocorrer em situações excepcionais e de manifesta e indubitável ilegalidade.<sup>45</sup>

Conclui-se que, embora a recuperação da empresa tenha sido instituída para atender precipuamente a auspícios de caráter publicista, ela também está inevitavelmente atrelada à autonomia e aos interesses privados dos credores, o que torna indispensável a análise do referido instituto sob a perspectiva dos credores e demais envolvidos no processo

---

<sup>45</sup> Como se trata de uma questão que exige outro estudo aprofundado, neste trabalho, não se dedicou à análise dessas hipóteses excepcionais.

recuperatório, considerando, notadamente, os incentivos econômicos das partes envolvidas para aderirem ao plano.

Entende-se, pois, pela impossibilidade de interferência do Poder Judiciário ao homologar o plano de recuperação judicial, ao argumento de atender à função social da empresa em crise econômico-financeira. Isso porque a própria legislação conferiu o poder de decisão sobre a preservação da empresa aos credores que não possuem a obrigação legal de, com fundamento na função social da empresa, colocarem seus interesses particulares em segundo plano.

Não se pode perder de vista que as consequências nefastas de se permitir a interferência do magistrado na deliberação dos credores sobre o plano de recuperação recairão sobre toda a coletividade, já que o ônus atribuído indevidamente aos credores será, certamente, transferido à coletividade na economia de mercado.

## REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. *O novo direito falimentar: nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

ARAÚJO, Aloísio; LUNDBERG, Eduardo. A nova legislação de falências: uma avaliação econômica. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 323-353.

ARNAUD, André-Jean. Uma doutrina tranquilizante do Estado: solidarismo jurídico. In: \_\_\_\_\_. *O direito traído pela filosofia*. Tradução de Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1991. p. 55-79.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 117, p. 157-162, jan./mar. 2000.

BAIRD, Douglas G. *Elements of bankruptcy*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2001.

BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. *Game theory and law*. Chicago: Harvard University Press, 2003.

BENETI, Sidnei Agostinho. O processo da recuperação judicial. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. Cap. 6, p. 223-243.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Benjamin; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BÉNOIT, Francis-Paul. *La démocratie libérale*. France: Presses Universitaire de France, 1983 *apud* LAMY FILHO, Alfredo. A função social da empresa e o imperativo da sua reumanização. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 190, p. 54-60, out./dez. 1992.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada – Lei 11.101/05: comentário artigo por artigo*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BIOLCHI, Osvaldo. Apresentação do Deputado Osvaldo Biolchi (Relator do Projeto). In: TOLEDO Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO Carlos Henrique (Org.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. XXXVII-XLVII.

BONNECASE, Julien. *La pensée juridique française de 1804 à l'heure presente*. Paris: Sirey, 1932. t. II, n. 390 *apud* ARNAUD, André-Jean. Uma doutrina tranquilizante do estado: solidarismo jurídico. In: \_\_\_\_\_. *O direito traído pela filosofia*. Tradução de Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1991.

BOUGLÉ, C. Socialismes français, Paris: Armand Colin, 1932 *apud* ARNAUD, André-Jean. Uma doutrina tranquilizante do Estado: solidarismo jurídico. In: \_\_\_\_\_. *O direito traído pela filosofia*. Tradução de Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1991.

BOURGEOIS, Léon. Solidarité. Paris: Armand Colin, 1896 *apud* ARNAUD, André-Jean. Uma doutrina tranquilizante do Estado: solidarismo jurídico. In: \_\_\_\_\_. *O direito traído pela filosofia*. Tradução de Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1991, p. 55-79.

BRUNOT. *Solidarismo*, 1903 *apud* ARNAUD, André-Jean. Uma doutrina tranquilizante do Estado: solidarismo jurídico. In: \_\_\_\_\_. *O direito traído pela filosofia*. Tradução de Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1991.

CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and Law of torts. *Yale Law Journal*, p. 499, 1961 *apud* ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. *Falência e recuperação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CATEB, Alexandre Bueno. Análise econômica da lei de sociedades anônimas. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CATEB, Alexandre Bueno; OLIVEIRA, Fabrício de Souza. *Breves anotações sobre a função social da empresa*. 2007. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics. Disponível em: < [www.escholarship.org/uc/item/7cv0612m](http://www.escholarship.org/uc/item/7cv0612m)>. Acesso em: 29 jan. 2010.



CHARMONT. La socialisation du droit. *Revue de Métaphysique et de Morale*, Paris, 1903 *apud* ARNAUD, André-Jean. Uma doutrina tranquilizante do Estado: solidarismo jurídico. In: \_\_\_\_\_. *O direito traído pela filosofia*. Tradução de Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1991.

COASE, Ronald, H. The nature of the firm. *Economica*, New Series, v. 4, n. 16, Nov. 1937 *apud* PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

COASE, Ronald H. *The firm, the market and the law*. Chicago; London: the University of Chicago Press, 1990.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. *Journal of Law & Economics*, n. 3, 1960 *apud* ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 85, v. 732, p. 38-46, out. 1996.

COMTE, Auguste. *Comte: discurso sobre o espírito positivo*. Título III. Tradução de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os Pensadores).

COMTE, Auguste. *Politique positive*, 1890 *apud* DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho: público y privado*. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

COMTE, Auguste. *Politique positive*, 1890 *apud* DUGUIT, Léon. *Fundamento do direito*. Tradução de Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Fabris, 2005.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & economics*. 4. ed. New York: Pearson, Addison & Wesley, 2004.

D'EUFRÉMIA, Giuseppe. *L'autonomia privata e i suoi limiti el diritto corporativo*. Milano: Giuffrè, 1942 *apud* SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. *Desigualdade social, solidariedade jurídica e os seus reflexos no direito contratual brasileiro*. Disponível em: < [www.conpedi.org/anais/36/14\\_1346.pdf](http://www.conpedi.org/anais/36/14_1346.pdf) >. Acesso em: 27 maio 2010.

DIÁRIO OFICIAL DO RIO DE JANEIRO. Suplemento ao n. 173, 31 jul. 1945, p. 16 *apud* FERREIRA, Waldemar. *Instituições de direito comercial: a falência*. São Paulo: Saraiva, 1951. v. 5.

DUGUIT, Léon. *Fundamento do direito*. Tradução de Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Fabris, 2005.

DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho: público y privado*. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

DURKHEIM, Émile. *Da Divisão do trabalho social*. Tradução Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Título original: *De la division du travail social*.

EPSTEIN, David G. *Bankruptcy and related law*. 6. ed. West Group. St. Paul, Minn, 2002.

FARIAS, José Fernando de Castro. *Espaço público e reconstrução da solidariedade*. Disponível em: < <http://www.rolim.com.br/2002/pdfs/direito4.pdf> >. Acesso em: 31 maio 2010.

FAUSTO, Boris. *O pensamento nacionalista autoritário*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001 *apud* SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. *Desigualdade social, solidariedade jurídica e os seus reflexos no direito contratual brasileiro*. Disponível em: < [www.conpedi.org/anais/36/14\\_1346.pdf](http://www.conpedi.org/anais/36/14_1346.pdf) >. Acesso em: 27 maio 2010.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2005.

FERREIRA, Waldemar. *Instituições de direito comercial: a falência*. São Paulo: Saraiva, 1951. v. 5.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. A assembléia-geral de credores na nova lei falimentar. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, n. 138, p.71-83, abr./jun. 2005.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as posições do Direito Europeu*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008.

GOMES, Orlando. Relações entre o direito e a economia. *Direito econômico e outros ensaios*. Salvador: Distribuidora de Livros Salvador, 1975.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. Entraves à eficácia da lei de recuperação de empresas em crime: como superá-los. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, n. 142, ano XLV, p.155-164, abr./jun. 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos. *Revista Trimestral de Direito Civil*. São Paulo, ano 4, v. 14, p. 79-111, abr./jun. 2003.

LAMY FILHO, Alfredo. A função social da empresa e o imperativo da sua reumanização. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 190, p. 54-60, out./dez. 1992.

LIGASSARAY, Proper Olivier. *História da comuna de 1871*. São Paulo: Ensaio, 1991.

LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 32. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

LISBOA, Marcos de Barros *et al.* A racionalidade econômica da nova lei de falências e de recuperação de empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 31-60.

LOBO, Jorge Joaquim. Direito da empresa em crise: a nova lei de recuperação da empresa. *Revista Forense*. v. 379, p. 119/131, mai-jun 2005.

LOBO, Jorge Joaquim. Comentários aos artigos 35 a 69 da lei de recuperação de empresas e falência. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Org.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 94-208.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A autonomia privada e a função social da empresa. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.) *Direito civil: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito agrário brasileiro*. 2. ed. Goiânia: AB Editora, 1998.

MARZAGÃO, Lídia Valério. A recuperação judicial. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.) *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas: doutrina e prática*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembléia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, Cap. 7, p. 247-274.

MYERSON, Roger P. *Game theory: analysis of conflict*. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1997.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Da quebra da autonomia liberal à funcionalização do direito contratual. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno T. O. (Coord.) *Direito civil: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 229-251.

NEUMANN, Jancsi Von. *Zur Theorie der Gesellschaftspiele apud* PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

NÓBREGA, Maílson da. Brasil: um novo horizonte. In ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. Cap. 11, p. 284-309.

OSBORNE, Martin J. *An introduction to game theory*. Nova York: Oxford University Press, 2004.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Eficiência econômica e autonomia privada como fundamentos da recuperação de empresas no direito brasileiro. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.) *Direito civil: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 291-313.

PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e economia no Brasil. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. Cap. 10, p. 244-283.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

RENNER, Karl. *Os institutos de direito privado e sua função social*. Tradução de Cornélia Mittendorfer. Bologna: Il Mulino, 1981. Original em italiano: *Gli istituti del diritto privato e e la loro funzione sociale (Os institutos de direito privado e sua função social) apud* TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 810, p. 33-50, abr. 2003.

SADDI, Jairo. Considerações sobre o comitê e a assembléia de credores na nova lei falimentar. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. Cap. 5, p. 199-219.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. *Desigualdade social, solidariedade jurídica e os seus reflexos no direito contratual brasileiro*. Disponível em: < [www.conpedi.org/anais/36/14\\_1346.pdf](http://www.conpedi.org/anais/36/14_1346.pdf) >. Acesso em: 27 maio 2010.

SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no código civil de 2002. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do estado moderno: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SZTAJN, Rachel. Função social do contrato e direito de empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, ano XLIV, v. 139, p. 29-49, jul./set. 2005.

SZTAJN, Rachel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. Cap. 4, p. 74-83.

SZTAJN, Rachel. Notas sobre as assembléias de credores na lei de recuperação de empresas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano XLIV, n. 138, p. 53-70, abr./jun. 2005.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio. Análise econômica do direito e das organizações. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. Cap. 1, p. 1-15.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. Direito, mercado e função social. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano XXXIII, v. 103, p. 197-210, set. 2006. Disponível em: <[http://www.iders.org/textos/Direito\\_Mercado\\_Funcao\\_Social.pdf](http://www.iders.org/textos/Direito_Mercado_Funcao_Social.pdf)>. Acesso em: 15 jul. 2010.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 810, p. 33-50, abr. 2003.

TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milão: Giuffré, 1961 *apud* ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências*. Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1948. v. II.

VARELA, Laura Beck; LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. *In: MARTINS-COSTA (Org.) A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VIANNA. Manoel Alva de S. Sa. *Das fallencias*. Rio de Janeiro: L. Figueiredo, 1907.