

PRESERVAÇÃO DA EMPRESA TUTELA JURÍDICA E BEM JURÍDICO PROTEGIDO

*Adão Antonio Pereira do Lago, Clarice Garcia de Campos,
Franciellen Bertoncello, Julio Cesar Coelho Pallone, Kelly Cristine
Guandalini e Valéria Martins Oliveira**

SUMÁRIO: 1. Notas introdutórias; 2. O bem jurídico protegido; 3. Tutelas jurídicas para a preservação da empresa; 4. Comentários as principais legislações aplicáveis a matéria; 5. Empresas regionais viáveis; 6. Conclusão; 7. Referências.

1. Notas introdutórias

O presente trabalho tem por objetivo identificar a tutela jurídica e o bem jurídico protegido na preservação da empresa.

Relataremos de um modo breve as empresas recuperáveis, os sistemas jurídicos disponíveis, bem como os que estão por vir, com o intuito de numa análise sistemática, apresentamos as mais variadas situações fáticas.

É também matéria desse trabalho o estudo da liberdade de mercado e o abuso do poder econômico. Na maioria das vezes, o detentor do poder econômico inviabiliza a atividade empresarial da pequena e média empresa, que suportam toda a carga social e de desenvolvimento, especialmente o regional.

Apresentaremos ao final, quadro sinóptico da evolução dos conglomerados, suas ligações e formas de atuação no mercado econômico.

* Mestrandos em Direito pelo Centro Universitário de Maringá - CESUMAR.

2. O bem jurídico protegido

Para que possamos tratar do bem jurídico protegido na preservação da empresa, é necessário abordar a nova concepção de empresa, relatando as transições ocorridas no direito comercial brasileiro.

No Brasil o direito comercial, passou a ser tratado no Regulamento 737 de 1850, que cuidou do processo comercial, em que vamos encontrar a jurisdição comercial, que abrangeria atos de comércio, isto é, a relação entre as partes, em que ao menos uma delas fosse comerciante.

Surge na abrangência do Código Comercial a mercância como a prática dos atos de comércio, neles computados necessariamente o elemento formal subjetivo da matrícula e o essencial da especulação com o fito de lucro¹.

É desta forma, vinculadas aos preceitos e leis de usos do comércio, que as empresas eram tratadas, isto é, a teoria da empresa se amparava em fatores de produção de bens e de serviços para um mercado lucrativo.

Com o decorrer da legislação comercial, com o abandono da teoria de “atos de comércio” e o crescente florescer da atividade da empresa esta passou a ser o centro das atenções dos juristas, mostrando que a noção de mercância decorrente da habitualidade, traz em si o caráter de atividade, mostrando uma evolução no sentido da empresarialidade.

Uma nova visão foi dada à empresa orientada por razões de ordem econômica e não apenas jurídico processual. O que se busca é um direito autônomo da empresa, que abrangeria o direito econômico, função social da empresa e empresa viável economicamente.

Tem-se na empresa uma óbvia função social, nela sendo interessados os empregados, os fornecedores, a comunidade em que atua o próprio Estado, que dela retira contribuições fiscais e parafiscais, seria, portanto, do interesse coletivo manter em atividade as empresas econômico e financeiramente viáveis, dando enfoque à legislação na preservação da atividade empresarial.

Segundo Mário Guidini, a empresa é um organismo produtivo, de fundamental importância social, que deve ser salvaguardada, e protegida enquanto:

1. Constitui o único instrumento efetivo de produção e riqueza;
2. Constitui o instrumento fundamental de ocupação e de distribuição de riqueza;
3. Constitui um centro de propulsão do progresso, inclusive cultural da sociedade;

¹ Salles, M. P. de A. A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual, in *Revista de Direito Mercantil*, vol. 119, 2000, p. 100.

O exercício da empresa compreende também interesses de terceiros, e assim:

- a) dos trabalhadores;
- b) dos clientes-consumidores;
- c) dos fornecedores em geral;
- d) dos empresários concorrentes.

A noção de função social no sentido em que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificadamente, o poder de dar ao objeto da atividade um destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo e que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo.

Mas a harmonização entre os interesses empresariais e o largo interesse da coletividade local, regional ou nacional só poderá ser alcançada quando a ordem econômica e social estiver fundada no princípio do planejamento democrático².

O poder exercido tem que ser voltado ao interesse da coletividade e não como intervenção abusiva do poder sobre o objeto da empresa. Assim como as interferências internacionais também devem ser ponderadas.

Vale dizer que chegamos ao estágio atual da realidade brasileira, por meio da evolução histórica do Direito Comercial, criando novos horizontes com a instituição da Organização Mundial de Comércio, que tem como função facilitar a implementação, administração e operação dos acordos comerciais, administrando o mecanismo de exame de políticas comerciais conjugado com a determinação das políticas econômicas globais implantadas pelo FMI.

Há uma crítica nesta interferência, no sentido de que as normas de comportamento internacional, se colocariam em confronto com as soberanias nacionais, onde a denominada “globalização” colocaria a empresa em crise diante da dificuldade de cumprir as metas estabelecidas.

A empresa deve ser a contribuição privatista para o desenvolvimento social, mediante a reunião dos fatores produtivos. Muita falta vem fazendo a adaptação da legislação concursal a essa nova realidade de que a reorganização empresarial deve prevalecer sobre a penalidade de ser imposta ao empresário pelo insucesso no exercício da atividade, com a pura e simples quebra do estabelecimento.

Assim é que, numa visão atual da empresa, há que se afirmar à empresa como atividade economicamente organizada para a produção ou oferta de bens ou serviços aos mercados; aquilatando no risco o fim de obter

² Salles, M. P. A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual, in *Revista de Direito Mercantil*, vol. 119, ano 2000, p. 105.

lucros a atividade é desenvolvida pelo empresário por meio de seu estabelecimento³.

A empresa constitui a essência da empresarialidade, e como tal deve ser entendida a sua razão de existir e de se preservada, como fato econômico e social, merecedor de tratamento jurídico específico, pelo ramo do Direito que lhe dá conceitos apropriados.

Encontra-se na liberdade de iniciativa e concorrência num mercado livre, que inicialmente surgira não quanto à indústria, mas apenas quanto ao comércio, especialmente transmarino e bancário. Com a evolução da indústria, outros valores foram integrados na proteção da atividade empresarial, entre eles, a propriedade imaterial.

3. Tutelas jurídicas para a preservação da empresa

Em termos piramidais, inicia-se com a Constituição Federal de 1988, que atribuiu privativamente à União a competência de legislar sobre Direito Comercial, Art. 22, I, dispõe no Art. 5º, XIII: “É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer”. Completado pelo inciso XXIX, que diz respeito a propriedade industrial estatui: “a lei assegurará aos autores dos inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como a proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes das empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”, e ainda os dispositivos do Título VII, sobre a Ordem Econômica e Financeira, especialmente no seu Capítulo I, dedicado aos “Princípios Gerais da Atividade Econômica”, como, por exemplo o seu artigo 170, que se refere no *caput*, à livre iniciativa, e no inciso IV, à livre concorrência, e também ao seu parágrafo único, que dispõe: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. Faz ainda menção à empresa no artigo 171, e em relação à proteção à concorrência, estabelece no § 4º do artigo 172 que: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados e a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

Temos o Código Comercial de 1850, e leis sucessivas que deram para o comerciante o ônus, obrigações responsabilidade e proteção.

Especificamente como tutelas temos: locação mercantil; sistema de concorrência em consonância com o regime da propriedade industrial, e das leis contra abuso do poder econômico, e ainda o benefício da concordata.

³ Idem, p. 108.

- Lei de Falências e Concordatas, Decreto-lei nº 7.661/45, e a lei sobre intervenção e liquidação de instituições financeiras, Lei 6.024, de 13.03.1976;
- Lei de Sociedade por Ações, nº 6.404/76, regulando também as sociedades em comandita por ações e grupos econômicos, os grupos econômicos, de fato e de direito, e os consórcios;
- Leis sobre títulos de crédito; Leis Uniformes sobre as notas promissórias e letras de câmbio, Decreto 57.663, de 24.01.1966, e sobre cheques, Decreto nº 57.595, de 07.01.1966 sobre duplicatas mercantis e de serviços, Lei nº 5.474, de 18.07.1968, e Lei nº 6.458, de 01.11.1977, sobre cheques, Lei nº 7.357 de 02.09.1985, e ainda uma série de leis sobre títulos de crédito rural, cédulas de crédito comercial, industrial e de exportação.
- Código de propriedade industrial, Lei nº 5.772, de 21.12.1971;
- Registro de Comércio, Lei nº 4.726 de 13.07.1965, e Decreto nº 57.651, de 10.01.1966;
- Livros Comerciais, Decreto-Lei nº 486, de 03.03.1969 e Decreto 64.567, de 22.05.1969; e Decreto nº 64.567 de 22.05.1969;
- Sobre contratos específicos: Lei nº 6.014, de 27.12.1973, e Decreto nº 24.150, de 20.04.1934; sobre Locação Mercantil: Lei nº 6.099, de 12.09.1974; sobre *Leasing*: Lei nº 6.729, de 28.11.1979; sobre Concessionários de veículos auto-terrestres: Lei nº 4.886, de 09.12.1965, sobre Representantes Comerciais autônomos.

No âmbito do direito econômico, fruto da intervenção estatal na economia, têm-se A Lei do Mercado de Capitais, nº 4.728, de 14.07.1965; de Reforma Bancária, nº 4.595, de 31.12.1964; do Abuso do Poder Econômico, Lei nº 8.884 de 11.06.1944.

4. Comentários sobre as principais legislações aplicáveis a matéria

Após abordadas as formas de tutelas à empresa contidas em nosso ordenamento jurídico, passaremos então a analisar os dois tipos mais freqüentes e utilizados até então, quer sejam a utilização da Lei antitruste e a abordagem da Lei de Falência com a nova visão visando justamente a proteção, preservação e recuperação da empresa.

4.1. Considerações a respeito da utilização do “trust” no direito brasileiro

A legislação antitruste⁴ visa coibir a prática de atos coletivos de concorrência desleal, ou seja, cartéis, consórcios e coligações societárias, e outras formas de abuso de poder econômico. É neste sentido o artigo inaugural da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, que reza a promoção a “prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”. A própria lei antitruste em vigor destaca que a coletividade é a titular do objeto jurídico por ela tutelado⁵.

As primeiras legislações antitruste surgiram nos EUA. No início, tratava-se de uma legislação que se orientava no sentido da proibição absoluta de convenções destinadas a restringir a concorrência, e de toda a entidade que monopolizasse ou tendesse a monopolizar qualquer segmento da economia; entretanto, este rigor primitivo foi sendo mitigado e chegou-se a conclusão de que nem a livre concorrência, sem entraves, é necessariamente um bem, nem um monopólio é necessariamente um mal⁶. Daí o motivo porque a legislação americana introduziu a regra da razoabilidade, para moderar a severidade da legislação primitiva, levando em consideração, as peculiaridades de cada caso.

Depois vieram as legislações européias, opondo ao sistema de proibição, vigorante na legislação americana, o sistema de repressão de abuso. Por este sistema, mais flexível, os acordos restritivos e os processos concentracionistas não são repudiados *a priori*, reprimindo-se apenas as práticas abusivas do poder econômico⁷ - um órgão *ad hoc* deve autorizar o registro de acordos empresariais e dos processos concentracionistas. Com a Comunidade Econômica Européia houve a compatibilização entre as legislações antitrustes européias, prevalecendo o regime de defesa da concorrência.

A legislação antitruste foi introduzida no Brasil depois que, pela Constituição Federal de 1946, cristalizou-se no art. 148 o preceito de que “a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico”. Em 10.9.62, foi promulgada a Lei 4.137, que “regula a repressão ao abuso do

⁴ Também denominada de repressão do poder econômico ou de defesa da concorrência.

⁵ Artigo 1º, parágrafo único.

⁶ A convicção de que o preço, em regime de concorrência perfeita, entre pequenas empresas, é sempre baixo, e o monopólio ou oligopólio sempre alto, foi perdendo sua força, posto que não refletia a realidade, pois as empresas poderosas além de permanecerem competitivas, praticavam preços mais reduzidos, graças à sua economia de escala. Por outro lado, a forte concorrência muitas vezes obstava as empresas de financiarem inovações tecnológicas.

⁷ Daí falar-se em monopólios artificiais e naturais.

poder econômico, sendo a mesma objeto de regulamentação baixada pelo Dec. 52.025, de 20.5.63.

Na Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela EC 1/69 houve um remanejamento da matéria. No art. 160, dizia-se que a ordem econômica e justiça social, com base, entre outros princípios, na “repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros” (inc. V). Dentro de uma ordem lógica, esse princípio era o último da série, como a salientar que era em função de certos valores éticos-políticos positivos (liberdade de iniciativa, valorização do trabalho, função social da propriedade, solidariedade entre categorias) que deveriam ser caracterizados os valores negativos que informam o conceito de abuso do poder econômico.

Na Constituição de 1988, após elevar à condição de princípio constitucional norteador da ordem econômica, ao lado do princípio da livre iniciativa (art. 170, *caput* e parágrafo único, c/c art. 5º, XIII), o princípio da livre concorrência (art. 170, IV), desloca a questão da repressão ao abuso do poder econômico para o contexto que trata da exploração direta da atividade econômica do Estado (art. 173, §4º)⁸.

Essa legislação foi reformulada e complementada por uma série de diplomas: a Medida Provisória 276, de 5.12.90, convertida na Lei 8.158, de 8.1.91, e regulamentada pelo Dec. 36, de 14.2.91 e a Lei 8.137 de 27.12.90. Nesses diplomas instituíram-se “normas de defesa da concorrência” e se definiram os “crimes contra a ordem econômica”. Desde então, a legislação brasileira filia-se ao sistema de defesa à livre concorrência, tendo abandonado o anterior regime de repressão ao abuso.

Apesar da existência de toda esta legislação para proteger a livre concorrência, clamava-se por provisões que enquadrassem certos comportamentos antieconômicos de alguns empresários. Então, em 11.06.94, é promulgada a Lei 8.884, a lei antitruste.

Esta lei tem sido alvo de críticas por parte da doutrina: pela sua severidade (art. 23, incisos I e II, por exemplo), pela sua inconstitucionalidade (incompatibilidade entre o inciso V, do art. 23, da Lei 8.884 e o inciso XIX, do art. 5º, da CF, entre outros), por seus conceitos vagos e subjetivos (como “aumentar arbitrariamente o preço”, no art. 20, inc. III), por contrariar princípios de direito civil (o art. 20 vai contra a teoria do ato ilícito, as regras sobre prescrição do seu art. 28 colidem com o art. 72 do CC)⁹.

⁸ Deslocamento este criticado por Luiz Gastão Paes de Barros Leães (O “dumping” como forma de abuso de poder econômico. *In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol 91, p.07).

⁹ Rocha, J. L. C. da. Alguns aspectos heréticos da lei antitruste (Lei 8.884/94). *In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol 97, p.109-111.

Ao comentar a lei antitruste, João Luiz Coelho da Rocha afirma que o legislador, visando ser severo contra os crimes à ordem econômica, acaba por abrir o flanco a freqüentes injuridicidades, inconstitucionalidades, autênticas heresias à ordem jurídica; cabendo ao Poder Judiciário, na aplicação concreta da lei, evitar que a luta contra os desvios econômicos não seja fonte de ofensas a garantias e direitos fundamentais¹⁰.

Em que pesem as críticas sobre a legislação, a livre concorrência, antes de ser o objetivo da lei antitruste, é um imperativo constitucional. A segurança do labor empresarial depende da repressão aos crimes contra à ordem econômica, da garantia da livre concorrência e da livre iniciativa.

Com efeito, esses dois princípios não se confundem: a livre iniciativa é a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas, significando a livre escolha e o livre acesso às atividades econômicas; já a livre concorrência significa o princípio econômico segundo o qual a fixação dos preços não deve resultar de atos da autoridade, mas do livre jogo das forças em disputas no mercado. Essa liberdade não é, porém, ilimitada, e só se justifica quando revela eficiência no desenvolvimento econômico e dela resultem benefícios à comunidade.

A livre concorrência significa a certeza de uma competição honesta, liberta de fraudes e abusos. Trata-se de uma obrigação de meio e não de resultado, pois não se assegura o direito de ganhar, mas apenas o direito de não ser lesado em suas forças pelos adversários. Não basta ao comerciante que se sente lesado pela concorrência provar que a competição vem lhe trazendo danos econômicos, essa possibilidade de provocar ou sofrer prejuízos faz parte do jogo. Em suma, na defesa da livre concorrência não se cogita a produção de um dano, mas a maneira como esse dano foi produzida; não se reprime o ato de concorrência, mas sim a deslealdade na concorrência¹¹.

São considerados atos de concorrência desleal aqueles contrários “aos usos honestos em matéria comercial ou industrial”, como são definidos pela convenção da união de Paris (art. 10) internalizada pelo Dec. 5.685, de 30.7.29.

Na caracterização da deslealdade empresarial mister se fazia a presença da má-fé e da culpa, não podendo haver abuso involuntário. Outrora, mesmo uma concorrência que eliminasse ou paralisasse o

¹⁰ Idem, p.113.

¹¹ O direito brasileiro reprime a concorrência desleal não somente no interesse dos próprios concorrentes, como também no interesse objetivo do consumidor nacional. O escopo da proteção legal da livre concorrência consiste em instaurar no mercado uma competição entre os empresários a fim de permitir, em benefício da coletividade, o sucesso dos melhores na certeza de que isso acarretará o aperfeiçoamento dos produtos e a redução do preço.

adversário poderia ser lícita, só sendo contrária aos bons costumes se visasse lesar ou eliminar o concorrente.

Atualmente, entretanto, a legislação antitruste adota a teoria da culpa objetiva. Para a caracterização da infração à ordem econômica, o artigo 20, da Lei 8.884/94, dispensa o elemento culpa. Dispõe o mencionado artigo, *in verbis*:

*Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, **independentemente de culpa**, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:*

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

(sem grifos no original).

O artigo supra mencionado constitui um mandamento de ordem geral, que visa a flexibilidade da lei, possibilitando sua adaptação aos novos fatos e mantendo-a atualizada. Já em seu artigo 21, a Lei antitruste traz alguns exemplos de ilícitos, com o objetivo de dar segurança à sociedade quanto aos fatos que efetivamente constituem infração à ordem econômica.

Do rigor com que legislador pátrio tratou da matéria, nota-se a preocupação com a repressão aos crimes desta ordem. Vários delitos à ordem econômica são internacionalmente conhecidos e reprimidos.

A “aniquilação do concorrente” é internacionalmente elencada como ato de concorrência desleal e denominada *dumping*.

O Brasil é um dos 23 países signatários do tratado internacional denominado GATT (*General Agreement on Tarifes and Trade*, firmado em Genebra, em 30.10.47), que foi internalizado através do Decreto 76.032, de 25.07.75.

O item 1º do, artigo VI, do GATT estabelece: ‘As Partes Contratantes reconhecem que o dumping que introduz produtos de um país no comércio de outro país, por valor abaixo do normal, é condenado se causa ou ameaça causar prejuízo material a uma indústria estabelecida no território de uma parte contratante, ou retarda, sensivelmente, o estabelecimento de uma indústria nacional. Para os efeitos deste artigo, considera-se que um produto exportado de uma país para outro se introduz no comércio de um país importador, a preço abaixo do normal, se o preço deste produto: a) é inferior ao preço comparável que se pede, nas condições normais de comércio, pelo produto similar que se destina ao consumo no país exportador; ou b) na ausência deste preço normal, é inferior: I - ao preço comparável mais alto do produto similar destinado à exportação para qualquer terceiro país, no curso normal do comércio; ou II - ao custo de

produção no país de origem mais um acréscimo razoável para as despesas de venda e o lucro’.

A punição para a prática do dumping está prevista no item 2º, do artigo VI, do GATT: ‘Com o fim de neutralizar ou impedir dumping a parte contratante poderá cobrar sobre o produto objeto de um dumping um direito anti-dumping que não exceda a margem de dumping relativa a este produto. Para os efeitos desse artigo, a margem de dumping é a diferença de preço determinada de acordo com os dispositivos do § 1º’¹².

O *dumping* é uma forma específica de abuso do poder econômico. A Lei 8.137/90, define como crime contra a ordem econômica “vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência (art. 4º, VI), e a Lei 8.158/91 estabelece que constitui infração à ordem econômica “vender mercadorias ou prestar serviços sem margem de lucro, visando a dominação do mercado”(art. 3º, XIII). Assim, o elemento objetivo do tipo é a venda por preço abaixo dos custos de produção, sem margem de lucros; e o elemento subjetivo o dolo específico de “dominação do mercado”, “com o fim de impedir a concorrência”. Esse elemento intensional é indispensável à caracterização do *dumping*.

Outra forma de abuso do poder econômico é o monopólio. Entretanto, convém observar que a legislação antitruste brasileira não reprime a conquista de uma posição de dominação no mercado, ou seja, “a posição monopolista não é ilícita *per se*, a legislação se preocupa com o ‘comportamento’ de quem haja adquirido esta posição dominante, é a partir daí que desenvolve o seu aparato repressivo. (...) embora o conceito fundamental seja o de dominação dos mercados, para que haja abuso do poder econômico no sentido da legislação antitruste, é mister que concorra pelos menos um dos dois outros fatos assinalados pelo dispositivo constitucional citado: a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário dos lucros”¹³.

Por fim, destaque para as conhecidas manobras desviosas de fixação de preços. A “cartelização” configura uma modalidade de delito econômico. Esta infração à ordem econômica está prevista na lista exemplificativa do art. 21 da Lei Antitruste (Lei n.º 8.884, de 11.06.94) e sujeita às severas punições trazidas pelo texto legal.

¹² Grinberg, M. e outros. Direitos anti-“dumping” e compensatórios: sua natureza jurídica e consequências de tal caracterização. In *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. 96, P.87.

¹³ Leães, L. G. P. de B. O “dumping” como forma de abuso de poder econômico. In *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol 91, p.13.

4.2. A evolução no direito concursal e a sua nova visão

A falência é um instituto estritamente ligado ao conceito de obrigação. Assim, na antigüidade, pela Lei das Doze Tábuas e pelo processo *legis actio per manus injectionem*, o devedor respondia por suas obrigações com seu corpo e com sua própria vida, devido ao caráter pessoal da obrigação.

Com o advento da *Lex Poetelia Papiria*, em 428 a.C., aboliu-se o desumano critério da responsabilidade pessoal pelas dívidas, recaindo a execução não mais sobre a pessoa mas sobre os bens do devedor, embora a este ainda fosse aplicada a pena de perda dos direitos civis e permanecesse estigmatizado com a “nota da infâmia”¹⁴. O concurso creditório sustentava-se antes de tudo na iniciativa dos próprios credores, com pouca interferência do Poder Público.

Na Idade Média, o poder estatal assume mais vulto, estatutos advindo do direito romano, regulavam a quebra com características similares às atuais, neles, o concurso creditório é rigidamente disciplinado, com a obrigatoriedade da habilitação dos credores em juízo, por onde se processa a arrecadação dos bens do devedor, atribuindo-se ao juiz a função de zelar “por que se guardasse e vendesse partilhando-se o produto entre os credores”¹⁵. Além da falência, que abrangia todo tipo de devedor, comerciante ou não, tratavam tais estatutos também da concordata resolutiva e preventiva, que suspendia e prevenia a falência, respectivamente.

Neste período, entretanto, o instituto da falência caracterizava-se ainda pelo intuito de punir, impondo ao devedor penas que vão do escárnio público, inabilitação para o exercício do comércio, prisão, mutilação e até à morte. Os falidos são vistos, nesta época como fraudadores, enganadores, velhacos - *falliti sunt fraudatores*. Daí a expressão falência, do verbo latino *fallere*, que significa enganar, falsear¹⁶.

Na Idade Moderna, época em que preponderou o mercantilismo e, posteriormente, o liberalismo econômico, o direito falimentar, regulamentado pelas ordenações de 1673, na França, que, em 1807 inspiraram a elaboração do Código Comercial francês, do qual Napoleão Bonaparte teve preponderante atuação, a orientação do legislador é no sentido de que subsistam apenas as empresas mais competitivas, não havendo nenhuma preocupação com a recuperação da empresa em crise, e sim em levar a excussão o seu patrimônio para o pagamento dos credores.

¹⁴ Lobo, J. Direito concursal. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 4.

¹⁵ Almeida, A. P. de. Curso de falência e concordata. 16^a ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 4.

¹⁶ Idem, ibidem.

Gradativamente, porém, fez-se a distinção entre devedores desonestos e honestos, com a criação da moratória e o aperfeiçoamento da concordata preventiva, que tinha, inicialmente, o escopo de satisfazer os direitos dos credores, mas, aos poucos veio a constituir-se em um processo de composição entre devedor e seus credores.

Num momento posterior, a concordata preventiva passou a ser deferida em benefício do devedor, alterando-se o sistema para tornar, independente da vontade dos credores, obrigatória a dilação dos prazos de pagamentos das dívidas do devedor e até mesmo a remissão parcial, o que veio a ocorrer com a concordata preventiva da falência imposta pelo juiz, quando o devedor preencher determinados requisitos previstos na lei.

A falência manteve ainda por um longo tempo seu caráter punitivo e a concordata, em determinados países, o de composição amigável com o intuito de atender aos interesses entre devedor e credores. Os estudiosos verificaram porém, que acima dos interesses entre devedor e credores havia um interesse maior a se proteger, que, nas palavras de Jorge Lobo¹⁷:

...impunha não a liquidação do patrimônio da empresa para satisfação dos credores e que determinava não apenas a concessão de uma dilação dos prazos de pagamentos das dívidas e/ou eventual perdão parcial, mas que aconselhava a preservação de suas atividades, a continuação dos seus negócios, a solução dos seus problemas e dificuldades, o que, talvez pudesse ser obtido ao colocar-se a disposição do devedor novos meios e modos de ele recuperar-se, não apenas mediante o benefício da moratória e do perdão parcial de suas dívidas, mas sobretudo através de outros mecanismos, de índole econômica e até política, que permitissem livrar-se da crise econômica, financeira, administrativa, comercial e operacional em que se encontrava.

Contemporaneamente, vislumbramos um grande interesse do Estado na preservação da empresa, como elemento essencial de produção de riqueza e empregador de mão-de-obra, e, como tal, uma crise na empresa enseja prejuízo a toda comunidade, não só aos interesses particulares de devedor e credores. Haja vista o disposto na nossa Constituição que elegeu como princípios da ordem econômica a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa.

Esta nova visão fez surgir o denominado “princípio da conservação da empresa, segundo o qual ela representa um valor objetivo de organização que deve ser preservada”¹⁸.

Conforme abordado o Direito Falimentar tinha até então, como objetivo primordial atender apenas aos interesses dos credores/devedores,

¹⁷ Lobo, J. ob. cit., p. 6.

¹⁸ Idem. Ibidem.

fato este, com o passar dos tempos e devido a nova realidade existente deixou de ser tão relevante.

Com esta nova proposta no direito concursal, se busca defender os interesses da empresa, dos seus empregadores e da comunidade em que ela atua, pois as dificuldades econômicas, financeiras, técnicas, tecnológicas e gerenciais da empresa passaram a não preocupam somente o devedor e seus credores, mas por igual, ao Poder Público e à coletividade, buscando, por estas razões (interesse público e social) a preservação, reorganização, saneamento e desenvolvimento da empresa financeira e economicamente viável.

4.3. Empresa recuperável

Como abordado acima, está se buscando, através de uma nova corrente doutrinária, uma importante alteração no ramo do direito concursal, visando justamente a preservação e recuperação da empresa econômica e financeiramente viável.

Analisando os comentários encontrados sobre esta nova visão da lei de falência, chegamos a conclusão de que anteriormente a qualquer reforma, obrigatoriamente, deve ser feito um estudo econômico, visto que não se pode legislar sobre o tema a partir de critérios apenas jurídicos, considerando que o conceito de uma empresa viável é econômico.

Um sistema concursal que pretende por em prática o princípio de conservação da empresa, não pode consistir em um mecanismo indiscriminado de conservação de qualquer empresa, deve-se saber em que casos as empresas devem ser liquidadas ou preservadas.

Isto não quer dizer que o novo direito deve estabelecer um critério rígido de seleção, mas deve apontar um padrão de empresa recuperável, que contenha ao menos as condições mínimas compatíveis com o interesse social que se pretende conservar.

Na realidade, o direito concursal deve ser um marco legal que permita, com menores custos sociais possíveis, a reestruturação ou o desaparecimento de empresas ineficientes, deslocando os fatores de produção para campos de maior rentabilidade.

O projeto de reforma da lei de falência, ao contrário do que se pensa, será aplicado a um percentual pequeno em relação às empresas em dificuldades, pois não está se buscando manter empresas ineficientes. Deve-se ter em mente, que nem mesmo o interesse exclusivo dos empregados pode prevalecer em detrimento dos contribuintes que pagam as subvenções, e do conjunto da sociedade que sofre as consequências da baixa produtividade e ineficiência dessas empresas.

Diante de estudos econômicos, verifica-se que a conservação da empresa em situação de crise só pode ser uma solução correta se os custos com a sua conservação forem menores do que com a sua liquidação. Deve-se portanto, antes de qualquer atitude, verificar os custos com a manutenção da empresa. (é um grave erro decidir pela manutenção de empresas ineficientes para evitar o desemprego)

Pesquisas realizadas com base no direito norte americano¹⁹ demonstram um elevado índice de erros nas decisões judiciais sobre a viabilidade econômica das empresas, visto que a tendência dos credores e do juiz é a de menosprezar os riscos de fracasso, deste modo, grande parte das empresas americanas reorganizadas na forma da lei e que foram consideradas viáveis judicialmente, duraram muito pouco no mercado, tudo devido a falta de identificação dos custos para a sua manutenção, como foi o que ocorreu com a PanAm.

Por estas razões é que se volta a falar que para uma empresa ser recuperada, ela deve ser viável. É claro que a noção de viabilidade não se resume somente a uma apreciação financeira, mas pode-se afirmar, que uma empresa não poder ser considerada viável se não tem independência financeira de modo permanente, sem que tenha alcançado uma independência econômica.

Portanto, uma empresa recuperável economicamente é aquela capaz de remunerar normalmente os capitais nela empregado, pois se isto não ocorrer parte da fonte essencial de seu financiamento irá desaparecer, e nesta situação, a empresa tenderia a ser subvencionada pelo Poder Público, cujos inconvenientes são evidentes.

Vale lembrar, que a apreciação da viabilidade da empresa, deve ser analisada em um contexto global, sempre considerando as reais perspectivas de rentabilidade da mesma²⁰.

Portanto, qualquer plano de recuperação e conservação de empresa deve ter como prioridade a identificação das condições econômicas e financeiras da mesma, verificando, ainda, de forma objetiva, se estes planos podem ser efetivamente alcançados.

¹⁹ Santos, P. P. Idem.

²⁰ A viabilidade dependeria, em resumo da resposta às seguintes indagações: Quanto valem seus produtos e serviços no mercado? Quais são os investimentos que devem ser feitos? Qual a importância em relação aos concorrentes? Todas essas questões dentre outras é que possibilitam traçar um parâmetro para se saber se a empresa é ou não viável.

5. Empresas regionais viáveis

Embora este trabalho contemple de modo genérico a economia empresarial, por óbvio, restringiremos ao estudo de empresas regionais, eis que nas multi ou transnacionais os aspectos de viabilidade e preservação ultrapassam os limites territoriais da aplicação da norma positivada.

5.1. Busca da dimensão ótima

Dimensão ótima é o equilíbrio da logística, capacidade instalada, distribuição e alocação de produtos acabados, remuneração do capital societário, preservação do meio ambiente, equilíbrio social e manutenção e boa perspectiva dos trabalhadores.

A dimensão ótima não é necessariamente a da empresa gigante.

Muitas gigantes no mundo, visando especializarem-se, reagrupando-se com fusões, citando Vasseur, Bulgarelli nos traz o exemplo dos estabelecimentos Schneider, que se cindiram em três sociedades: a) produção de aço, de construções mecânicas e navais; b) atividades no campo das obras públicas; c) mineração.

Isso demonstra que nem sempre a busca pelo gigantismo, é a busca da possibilidade de existência no mercado empresarial, pois o equilíbrio nem sempre está no maior e sim no melhor.

5.2. Pequenas e médias empresas: fatores de extinção e permanência

Segundo estimativa meticulosa e imparcial do professor M. A. Adelman do Instituto de Tecnologia de Massachussets, EUA, 135 grandes empresas são responsáveis por 45% do acervo industrial norte americano, ou seja, quase a quarta parte do acervo industrial do mundo inteiro.

Isto representa a maior concentração de bens de produção registrado na história.

Portanto, face a total inexistência do contraponto capitalista, com a queda do bloco soviético, o capitalismo atual mostra integralmente suas garras, obrigando o Ordenamento Jurídico voltar-se tencionando o equilíbrio comercial, evitando de modo claro o abuso do poder econômico.

Na competição direta é inegável a supremacia do conglomerado ou da grande empresa face a pequena e média. Países como a Espanha já adotaram incentivos diferenciados para o desenvolvimento da pequena e média empresa. Embora tenhamos saído a campo na busca de sanções premiais, no Brasil, somente encontramos o Decreto-lei 1.186, de 27 de

agosto de 1971, *que concede estímulos à fusão e realocização de unidades industriais açucareiras e dá outras providências.*

Apenas como informação, a publicação da FIESP-CIESP, 1970, sobre a situação das empresas nos países considerando como classificação o número de empregados - de até 99 empregados, como pequena; de 100 a 499, como média; e acima de 500, como grande - fora a seguinte:

PAÍS	PEQUENA	MÉDIA	GRANDE
Japão	49,20	23,30	27,50
EUA	17,30	30,20	42,80
Alemanha (RFA)	20,40	29,60	50,00
Brasil	81,82	16,57	1,61

Portanto, a realidade econômica brasileira é bastante diferenciada comparativamente aos países elencados.

Longe de retroceder à reserva de mercado das décadas passadas, mas os mecanismos de equilíbrio das relações de pequenas e médias empresas brasileiras face a dos países desenvolvidos, merece atenção por parte do Estado.

Entretanto, pode-se identificar empresas que Bulgarelli chama de “privilegiadas”, cuja existência não está ligada a internacionalização, nem ao tamanho ótimo da empresa.

Haverá sempre lugar para pequenas e médias empresas, e sempre haverá a necessidade de produtos elaborados e fabricados em pequena quantidades.

Classificam-se em quatro grupos:

1. As bens plantadas, num mercado regional, mas limitadas ao volume de negócios possíveis, e que recorre também, quase sempre a mão de obra de especialidade regional. São as pequenas lojas de luxo das grandes cidades, os pequenos empreiteiros de obras ou transportes, os ateliers de artesanato ou outros ofícios locais.
2. O segundo grupo, também constituído por volume de negócios limitados, mas por outra razão: a mudança freqüente dos modelos. São as pequenas lojas de costura, que conservarão sempre uma clientela, não obstante os grandes da profissão. Também estão incluídos os fabricantes de móveis, impressoras, etc..
3. As empresas que produzem bens em série, artigos que as grandes empresas não poderiam vender em quantidades suficientes para serem lucrativas. Ex. fabricante de carrocerias de veículos.

4. E por final, os fabricantes ou comerciantes de artigos unitários, sob encomenda.

5.3. Da liberdade de concorrência

No monopólio não há concorrência, pois para a existência de concorrência, há a necessidade de escolha em pelo menos duas unidades. Quando a escolha recai somente sobre um exemplar, não há escolha.

No oligopólio, também conhecido como cartelização, há a concorrência imperfeita, pois, na maioria das vezes há a maquiagem da concorrência.

Embora possamos reconhecer a concorrência definida por Adam Smith, quando milhares de produtores colocam a disposição seus produtos para diversos negociantes, a concorrência têm um significado, existe. No sistema concentrado, ou seja a real concorrência nos cartéis, quando cinco ou seis empresas gigantes, partem para uma disputa trituram-se mutuamente.

O resultado da concorrência que englobava um grande número de unidades, era o de excluir os menos eficientes e os que estivessem estrategicamente mal situados. O resultado da concorrência entre grandes empresas é: consolidação, eliminação de um dos conjuntos, ou então a aceitação de uma situação em que a esfera de cada um é respeitada, ao menos, aproximadamente. O primeiro efeito da concorrência no meio do sistema cartelizado, concentrado, é a eliminação de muitos, talvez a maioria dos independentes, a multidão de unidades de concorrentes menores.

6. Conclusão

Verifica-se neste trabalho o empenho de estudiosos da área de economia e direito, na preservação da empresa viável, especialmente pela que encontra-se inserida no desenvolvimento social e econômico regional.

Óbvio que o Direito têm função basilar nesta preservação, cabendo ao seu operador precisar um diagnóstico, de preferência com bastante antecedência do período crítico de irreversibilidade econômica e jurídica, para propiciar a recuperação efetiva da empresa.

É necessário que fique claro, que uma sociedade industrial, de negócios em massa, com as empresas detendo um poder soberano, não sendo idênticas àquela sob a qual se construiu a antiga doutrina jurídica, ainda hoje ministrada com reverência, exige uma visão peculiar que deve ser captada pela doutrina e pela jurisprudência, para que as decisões dos conflitos sejam conseqüentes e sobretudo razoáveis.

7. Referências

- ALMEIDA, A. P. de. *Curso de falência e concordata*. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ARNOLDI, P. R. C.; MICHELAN, T. C. de C. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. *In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, vol. 117, 2000.
- BULGARELLI, W. *Concentração de empresas e direito antitruste*, 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1997
- BULGARELLI, W. *Normas jurídicas empresariais*, 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000
- CASTRO, C. A. F. de. Uma nova visão do direito falimentar. *In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, vol. 118, 2000.
- FONSECA, J. J. B. da. Da recuperação da empresa em crise. *In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, vol. 87, 1992.
- GRINBERG, M. e outros. Direitos anti-"dumping" e compensatórios: sua natureza jurídica e consequências de tal caracterização. *In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, vol. 96, 1994.
- ISFER, E. de. *Sociedades Unipessoais&Empresas Individuais-responsabilidade limitada*. Curitiba:Juruá, 1996.
- LEÃES, L. G. P. de B. O "dumping" como forma de abuso de poder econômico. *In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, vol 91, 1993.
- LOBO, J. *Direito concursal*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- LOBO, J. O moderno direito concursal. *In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, vol. 99, 1995.
- LOBO, J. Pressupostos da Quebra. *In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, vol. 116, 1999.
- NERY, S. de M. Concordata preventiva e suspensiva (alguns aspectos econômicos e contábeis). *In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, vol 118, 2000.
- ROCHA, J. L. C. da. Alguns aspectos heréticos da lei antitruste (Lei 8.884/94). *In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, vol 97, 1995.
- SALLES, M. P. de A. A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual. *In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, vol. 119, 2000
- SANTOS, P. P. O novo projeto de recuperação da empresa. *In Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro*, São Paulo, vol 117, 2000.

WALD, A. Algumas considerações a respeito da utilização do “trust” no direito brasileiro. *In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, vol 99, 1995.