



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

JULIANA HINTERLANG DOS SANTOS COSTA

**O REGIME JURÍDICO ECONÔMICO DE 1988 E A
POSSIBILIDADE DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E
EXTRAJUDICIAL PARA AS SOCIEDADES EM COMUM**

JULIANA HINTERLANG DOS SANTOS COSTA

**O REGIME JURÍDICO ECONÔMICO DE 1988 E A
POSSIBILIDADE DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E
EXTRAJUDICIAL PARA AS SOCIEDADES EM COMUM**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Profa. Dra. Marlene Kempfer

Londrina
2014

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

Costa, Juliana Hinterlang dos Santos .

O Regime jurídico econômico de 1988 e a possibilidade de recuperação judicial e extrajudicial para as sociedades em comum / Juliana Hinterlang dos Santos Costa. - Londrina, 2014.
137 f. : il.

Orientador: Marlene Kempfer.

Dissertação (Mestrado Profissional em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2014.

Inclui bibliografia.

1. Direito econômico - Tese. 2. Direito comercial - Tese. 3. Sociedades comerciais - Tese. I. Kempfer, Marlene. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

JULIANA HINTERLANG DOS SANTOS COSTA

**O REGIME JURÍDICO ECONÔMICO DE 1988 E A POSSIBILIDADE
DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL PARA AS
SOCIEDADES EM COMUM**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina – UEL, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof. Dra. Marlene Kempfer
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Tarcisio Teixeira
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Álvaro Augusto Camilo Mariano
Universidade Federal de Goiás - UFG

Londrina, 30 de setembro de 2014.

Dedico esse trabalho a todos aqueles que
foram fonte inspiradora nesse momento:
meu amor, pai, mãe, irmãos e amigos.

AGRADECIMENTOS

À Deus, Senhor e Redentor da minha vida, que me fez forte nos momentos difíceis e me deu sabedoria quando nem eu achei que conseguiria. “Sê forte e corajoso, não temas, nem te espantes, porque o Senhor, o teu Deus, é contigo onde andares” – Josué 1:9.

Ao meu esposo, amigo e companheiro dessa jornada, que não poupou esforços para que eu finalizasse mais essa etapa. A você meu amor, toda minha gratidão pelo cuidado infinito dedicado a mim.

Aos meus pais e irmãos, que sempre me incentivaram a lutar por aquilo que eu queria. Amo vocês!

À minha vizinha Madalena que toda vez ao me ouvir no telefone dizia que estava orando por mim e que logo eu venceria. Vizinha suas orações foram fundamentais.

À prof. Dra. Marlene Kempfer que foi peça chave para a conclusão desse trabalho, que brigou, insistiu, lutou e não desistiu de nada para que esse trabalho chegasse onde chegou, mas, sobretudo pela amizade que conquistamos ao longo desses anos. Obrigada professora!

Às queridas profs. Dra. Rita Tarifa e Me. Têmis Chenso por terem me incentivado, ainda na graduação, a me aventurar no ambiente acadêmico. A vocês, exemplos de profissionalismo e amizade, a minha eterna gratidão pelos ensinamentos, pelas conversas e pelos conselhos.

Aos professores que contribuíram na banca de qualificação e defesa, sem vocês o trabalho não seria completo.

Aos colegas: Patrícia Siqueira, Natalia Alfaya, Renata Meda e Guilherme Haro que foram fundamentais nos momentos de crise. Vocês foram únicos!

Aos amigos da igreja que não pouparam os joelhos para orarem por mim quando tudo parecia difícil e sem fim.

Aos funcionários da UEL que sempre me receberam bem e me ajudaram, com sorrisos, com palavras de ânimo, com ajuda nas referências, livros que não conseguíamos e apareciam por meio do esforço das bibliotecárias, a vocês, minha eterna admiração por se dedicarem à nobre causa da educação.

Aos tios, primos, avô e sogra que durante muito tempo fiquei afastada, sempre dizendo que estava concluindo o mestrado. Agradeço a todos pela torcida.

À Marina Marques, que foi meu braço direito na biblioteca da UEL, sempre que faltava uma referência, ela esteve disposta a se deslocar e me enviar. Ma você foi importantíssima para a conclusão dessa fase.

Enfim, a todos que direta ou indiretamente contribuíram para que eu fosse o que sou hoje.

COSTA, Juliana Hinterlang dos Santos. **O Regime Jurídico Econômico de 1988 e a Possibilidade de Recuperação Judicial e Extrajudicial para as Sociedades em Comum**. 2014. 137f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2014.

RESUMO

O atual regime jurídico econômico brasileiro foi estabelecido na Constituição Federal de 1988 em seu art. 170 e seguintes. Os princípios ali estabelecidos devem fundamentar as ações dos governos e do mercado. Para este estudo, analisou-se a intervenção normativa, nos termos dos arts. 986 a 990 do Código Civil de 2002, que disciplina as Sociedades em Comum. Pretende-se com essa pesquisa argumentar em favor da viabilização da recuperação judicial ou extrajudicial das Sociedades em Comum. Estas sociedades possuem obrigações trabalhistas, tributárias, consumeristas e concorrenciais, as quais, caso não sejam cumpridas, serão responsabilizadas. Porém, quando se trata de seus direitos, a elas são negados em razão da ausência de seu registro perante os órgãos competentes. O objetivo da pesquisa é analisar as vedações nos artigos 48 e 161 da Lei 11.101/2005, para a recuperação judicial ou extrajudicial destas sociedades. Os argumentos que legitimam esta interpretação são, especialmente, os princípios constitucionais da ordem econômica, entre eles: a valorização do trabalho humano, o pleno emprego, a livre iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor e o tratamento diferenciado para os micro e pequenos empresários além dos princípios concursais da preservação da empresa, participação ativa dos credores e proteção dos trabalhadores. Para isso, utilizou-se do método dedutivo, analisando a Constituição Federal, a Lei 11.101/2005 até aplicá-la especificamente ao caso das Sociedades em Comum. Defende-se que ao magistrado seria possível tal interpretação condicionando o deferimento da recuperação judicial ou extrajudicial à constituição societária e aos registros legalmente exigidos. Para que isso seja possível, é importante uma análise sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro de modo a garantir o direito da Sociedade em Comum, sem que isso importe em insegurança jurídica. Trata-se de medida de exceção para atingir a finalidade do instituto da recuperação que é preservar as empresas que sejam viáveis economicamente.

Palavras-chave: Princípios constitucionais. Princípios concursais. Recuperação de empresa. Sociedades em comum..

COSTA, Juliana Hinterlang dos Santos. **The Economic Legal System of 1988 and the Possibility of Judicial and Extrajudicial Recovery for Societies in Common.** 2014. 137p. Dissertation (Master of Law Negotiation). Centro de Estudos Sociais Aplicados – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2014.

ABSTRACT

The current Brazilian economic legal system was established in the Federal Constitution of 1988 in its art. 170 and following. The principles established therein should support the actions of government and of market. For this study, we analyzed the legislative intervention, pursuant to arts. 986-990 of the Civil Code of 2002, which regulates Societies in Common. The aim of this study is argue for the possibility of judicial or extrajudicial recovery for Corporation in Common. These societies have obligations in spheres of labor, tax, consumerist and competitiveness, which, if not met, will be held accountable. But when it comes to their rights, they are denied because of the absence of its registration with the competent organs. The objective of the research is to analyze the seals in Articles 48 and 161 of Law 11.101 /2005, for judicial or extrajudicial recovery of these societies. The arguments that legitimize this interpretation are, especially the constitutional principles of the economic order, including: the value of human labor, full employment, free initiative, free competition, consumer protection and differential treatment for micro and small business besides the tender principles like preservation of company , active participation of creditors and protection of workers. To this, we used a deductive method, analyzing Federal Constitution, Law 11.101 / 2005, to apply it specifically to the Societies in Common. It is argued that the magistrate could use this interpretation but the registration of the enterprise and more details required by law are conditions to approval of the judicial or extrajudicial recovery. Thus, it meets the goal of this institute which is the preservation of the enterprises that are economically viable. For this to be possible, is important a systemic analysis of the Brazilian legal system that can ensure the right of the Society in Common without causing legal uncertainty. This is emergency measure to achieve the aim of the institute that is to preserve the recovery of companies that are economically viable.

Keywords: Constitutional principles. Bankrupt principles. Recovery company. societies in common

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
AI	Agravo de Instrumento
AGC	Assembleia Geral de Credores
CADE	Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência
CC/16	Código Civil de 1916
CC	Código Civil de 2002
CDA	Certidão de Dívida Ativa
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CTN	Código Tributário Nacional
EPP	Empresa de Pequeno Porte
IRPF	Imposto de Renda Pessoa Física
IRPJ	Imposto de Renda Pessoa Jurídica
LREF	Lei de Recuperação de Empresas e Falência
ME	Microempresa
PLC	Projeto de Lei Complementar
SEBRAE	Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas
SRF	Secretaria da Receita Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	INTERVENÇÃO DO ESTADO SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988	11
2.1	PRINCÍPIOS E FUNDAMENTOS DA ORDEM ECONÔMICA	17
2.1.1	Valorização do Trabalho Humano e Busca do Pleno Emprego	19
2.1.2	Liberdade de Iniciativa Econômica.....	21
2.1.3	A Propriedade Privada e a Função Social da Atividade Econômica	23
2.1.4	Livre Concorrência	26
2.1.5	Defesa do Consumidor.....	28
2.1.6	Tratamento Favorecido para as Micro e Pequenas Empresas	32
2.2	PRINCÍPIOS BASILARES DA LEGISLAÇÃO CONCURSAL.....	35
2.2.1	Princípio da Preservação da Empresa.....	36
2.2.2	Princípio da Viabilidade da Empresa.....	39
2.2.3	Participação Ativa dos Credores e Par Conditio Creditorum.....	41
2.2.4	A Proteção dos Trabalhadores.....	44
3	A SOCIEDADE EM COMUM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	48
3.1	AS SOCIEDADES DE FATO E IRREGULARES NO CÓDIGO COMERCIAL DE 1850 E NO CÓDIGO CIVIL DE 1916.....	48
3.2	NATUREZA JURÍDICA DA SOCIEDADE EM COMUM NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	53
3.3	A SOCIEDADE EM COMUM FRENTE A LEI DE CONCORRÊNCIA.....	60
3.4	O REGIME JURÍDICO DA CAPACIDADE TRIBUTÁRIA E A OBRIGAÇÃO DE PAGAR TRIBUTOS PELAS SOCIEDADES EM COMUM.....	63
3.5	O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A RESPONSABILIZAÇÃO DAS SOCIEDADES EM COMUM.....	68

3.6	O REGIME JURÍDICO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO E AS SOCIEDADES EM COMUM NA QUALIDADE DE EMPREGADORAS.....	71
4	RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL DA SOCIEDADE EM COMUM: ANÁLISE DA LEI 11.101/2005	75
4.1	INTERPRETAÇÃO DA PROIBIÇÃO DO ART. 48, <i>CAPUT</i> E DO ART. 161 DA LEI 11.101/2005	83
4.1.1	A natureza declaratória do registro empresarial.....	93
4.1.2	Existência de Personalidade Jurídica da Sociedade em Comum Independentemente do Registro	97
4.2	DOCUMENTOS A SEREM ACOSTADOS À INICIAL DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: ANÁLISE DO ART. 51 DA LEI 11.101/2005	101
4.3	A NATUREZA JURÍDICA E A CONCESSÃO DO DIREITO À RECUPERAÇÃO PARA AS SOCIEDADES EM COMUM	106
4.4	PLANO ESPECIAL ESTABELECIDO PELA LEI 11.101/2005.....	113
4.5	INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E SEGURANÇA JURÍDICA MATERIAL EM DEFESA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL PARA AS SOCIEDADES EM COMUM	115
5	CONCLUSÃO	121
6	REFERÊNCIAS	127

1 INTRODUÇÃO

As Sociedades em Comum foram regulamentadas pelo Código Civil de 2002 em seus artigos 986 a 990. O intuito do legislador foi tratar em nível normativo o que até então era conhecido por “sociedade de fato” e a “sociedade irregular”.

Embora as Sociedades em Comum sejam consideradas importantes para a economia brasileira, não são protegidas pela Lei 11.101/2005 ao estabelecer que para ter direito à recuperação judicial ou extrajudicial a sociedade empresária, o empresário individual ou o empresário individual de responsabilidade limitada, devem estar regularmente constituídos pelo período mínimo de 2 anos, considerando que a regularização se dá com o arquivamento dos atos constitutivos perante a Junta Comercial.

Para apresentar argumentações em favor deste direito a Sociedade Comum foi analisada no contexto dos princípios constitucionais da Ordem Econômica e das obrigações trabalhistas, consumeristas, tributárias e concorrenciais. O objetivo deste recorte é argumentar sobre a possibilidade de pleitear o direito ao tratamento jurídico decorrente do deferimento da recuperação judicial ou a homologação da extrajudicial, sem que isto seja causa determinante para incentivar a informalidade.

Esta pesquisa foi organizada em três capítulos para tratar:

i) Da intervenção do Estado no ambiente econômico em períodos em que predominavam os ideais econômicos do liberalismo clássico, seguindo para o auge do Estado Social e até atualidade. Os enfoques foram necessários para entender a positivação da atual ordem econômica constitucional de que trata o art. 170 e do art. 5º da CF/88, ao proteger a propriedade empresarial que cumpre função social; também foram apontados os princípios basilares da legislação concursal, que em consonância com os princípios constitucionais possibilitam a recuperação das Sociedades em Comum: princípio da preservação da empresa, princípio da viabilidade da empresa, participação ativa dos credores e *par conditio creditorum* além da proteção dos trabalhadores.

ii) Do regime jurídico da Sociedade em Comum, destacando a tratamento previsto no Código Comercial de 1850 e o Código Civil de 1916 a respeito da “sociedade irregular ou de fato” até alcançar o Código Civil de 2002, que dispõe sobre a natureza jurídica, os direitos e deveres da atual Sociedade em Comum, abordando aqui a responsabilização dessas sociedades perante as obrigações

trabalhistas, tributárias, concorrenciais e consumeristas;

iii) O último capítulo tem por objeto examinar a possibilidade de recuperação judicial e extrajudicial da Sociedade em Comum. Apresenta-se os requisitos necessários para a concessão deste regime legal, conforme previsão dos arts. 48 e 161 da Lei 11.101/2005. Traz ainda análise desses artigos que vedam a recuperação da recuperação das Sociedades em Comum, pretendendo demonstrar que esta sociedade é empresária e, portanto, com possibilidade de ter deferida a sua recuperação judicial ou homologada a extrajudicial, mesmo que seus atos não estejam constituídos na forma da lei no momento do pedido.

Os argumentos apresentados destacam que as Sociedades em Comum, nos termos em que hoje juridicamente é tratada, permite que seja sujeito de deveres nas relações do trabalho, tributário, consumerista, concorrencial, mas, não tem direito à recuperação judicial ou extrajudicial. Tal tratamento desigual, em face do reconhecimento constitucional da função social das empresas, é injusto e traz desalento àqueles empreendimentos que são economicamente viáveis.

Pode-se discutir que a recuperação para as Sociedades em Comum é contrária a segurança jurídica, pois as beneficiaria em detrimento das demais sociedades que estão regularmente constituídas. Essa situação geraria instabilidade nas relações jurídicas a partir do momento em que se propõe uma interpretação das leis promulgadas pelo Estado. Por essa razão, optou-se por incluir o último subitem desse trabalho que aborda a interpretação sistemática e a segurança jurídica em defesa da recuperação judicial e extrajudicial para as Sociedades em Comum.

Esse estudo foi feito com base no método hipotético-dedutivo, partindo-se da análise da Constituição Federal para a Lei 11.101/2005, até aplicar ao caso específico das Sociedades em Comum.

2 INTERVENÇÃO DO ESTADO SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Para entender a atual intervenção estatal no ambiente econômico, é necessário fazer um recorte de tempo, analisando-se as influências doutrinárias na esfera econômica e no regime constitucional econômico brasileiro. Partiu-se do período liberal, onde o Estado se manteve afastado do ambiente econômico, abordando até o cenário atual onde o Estado intervêm apenas em casos específicos. O recorte histórico constitucional brasileiro é a partir da segunda metade do século XIX, no que diz respeito à Ordem Econômica e a positivação de seus princípios na legislação infraconstitucional.

No final do século XVIII e no século XIX, as atividades econômicas estavam vinculadas à concorrência estabelecida pelo mercado. Scott (2000, p. 41-42) afirma que existiam claramente dois lados, “de um lado, exercendo seu poder econômico dentro de um espaço de competição que lhes era particular, estavam os agentes econômicos”, do outro lado, conforme o autor, estava o Estado “abstendo-se do exercício de qualquer poder econômico, deixando aqueles livres para se autodeterminarem e intervindo somente quando solicitado para garantir a observância de regras nela não originadas: as ditas regras naturais do mercado”, ou seja, não havia intervenção do Estado.

Nesse período, o mercado era pautado na livre concorrência, havendo liberdade para os agentes que atuavam no mercado. Buscava-se a eliminação de interferências externas à própria economia, de forma que as atividades comerciais e industriais do período gozavam de liberdade para se desenvolverem na busca pelo capital, conforme Hunt & Sherman (2005, p. 68) o capitalismo vinha se firmando no período tendo por base o sistema liberal.

Adam Smith, o principal teórico do liberalismo econômico, em sua obra “A Riqueza das Nações”, traduzida por Baraúna (1996, p. 438), entende que o mercado seria gerido por uma “mão invisível”, “que não fazia parte de suas intenções” iniciais. Para o autor, a busca pelos interesses próprios, levaria o indivíduo a alcançar o interesse de toda a sociedade de forma eficaz, melhor do que quando ele realmente o deseja fazer.

Nessa situação, não havendo participação estatal nos processos econômicos, buscar-se-ia o bem-estar do indivíduo, mas também da sociedade, já

que ao buscar satisfazer os seus interesses com investimentos que lhe trouxessem maiores benefícios e vantagens, o mesmo aconteceria com a sociedade. Esse é o entendimento de Hunt & Sherman (2005, p. 62) para quem “um mercado livre e sem entraves, além de assegurar a utilização mais valiosa das energias e dos recursos produtivos, possibilitaria também um progresso econômico contínuo”. Ainda, segundo os autores (2005, p. 63):

A regulamentação governamental da economia, a imposição de quaisquer restrições que tolhessem a liberdade do mercado teria apenas o efeito de provocar a retração da procura e de interromper o processo de acumulação de capital antes do tempo devido. Definitivamente, não havia lugar para intromissão paternalista do governo nos assuntos econômicos.

Ao Estado não caberia intervir na economia, todavia, deveria “proteger a propriedade privada, garantir o cumprimento dos contratos e preservar a ordem interna”, segundo Hunt & Sherman (2005, p. 67-68). Para os autores, essas intervenções nos assuntos econômicos não eram bem recebidas quando traziam prejuízo para os capitalistas, todavia, quando era para o seu benefício, aumentando os lucros e estabilizando os negócios, essa interferência paternalista do Estado era bem vista.

Essa situação, prevendo liberdade absoluta do mercado não trouxe equilíbrio nas relações econômicas, de sorte que o mais forte acabou por ter domínio sobre o mais fraco, evitando que houvesse real concorrência, posto que os mais fracos eram expulsos do mercado. Outro problema apresentado durante o liberalismo econômico, diz respeito à dificuldade em enfrentar grandes mudanças sem grande impacto social. Scott (2000, p. 44) traz o exemplo de situação de escassez que “não podia ser eliminada com rapidez- com isso, algumas pessoas acabavam obtendo rendas elevadas à custa do público, já que as utilidades escassas restavam distribuídas de maneira injusta”, citando também a situação de excesso de produção que não seria solucionada de forma rápida.

Considerando o período concernente a Revolução Industrial, onde houve grande custo social e inúmeras externalidades negativas para a aquisição do capital crescem as ideias da Escola Marxista, tendo por principal teórico Karl Marx (1818-1883). Ele é responsável por abordar com propriedade as relações entre o valor do trabalho, o capital e a mais-valia. Marx apontava uma das grandes contradições do sistema capitalista, as lutas de classe, em razão dos conflitos existentes entre os

que detinham os meios de produção e, por conseguinte, as riquezas, e a classe majoritária de proletários. Dessa forma, Marx apostou que o capitalismo se autodestruiria. Segundo Hunt & Sherman (2005, p. 94) “a classe capitalista – dominante em virtude de ser a proprietária dos meios de produção – seria derrubada pelo proletariado, isto é, a classe operária, que instauraria uma sociedade sem classes, na qual os meios de produção seriam convertidos em propriedade de todos”, instaurando os influxos da doutrina econômica socialista.

Scott (2000, p. 50-51) afirma que:

A doutrina econômica socialista, opondo-se à estrutura socioeconômica do capitalismo – à propriedade privada, à liberdade de iniciativa e concorrência econômicas – surgiu como reação ao modelo econômico liberal que, sem enfrentar as causas do conflito social entre proprietários dos meios de produção e a classe de operários que viviam de alugar sua força de trabalho, havia condicionado o atendimento das necessidades da classe trabalhadora a interesses não imediatamente coincidentes com os seus [...].

As ideologias sociais tiveram grande repercussão no campo econômico, inclusive nos países de estrutura econômica capitalista, fazendo surgir o Estado Social, segunda fase dessa evolução histórica. Entre as ideias que a caracterizou tem-se a intervenção direta do Estado no domínio econômico buscando atingir fins públicos e não apenas a correção do mercado, de suas falhas e arbitrariedades.

Essa participação estatal se deu em contrapartida a diversos fatores oriundos do liberalismo, Streck e Morais (2010, p. 70-71) citam a Revolução Industrial, que implicou na proletarização; a Primeira Guerra Mundial que rompeu com a tradição do liberalismo econômico; em razão da crise de 1929, os autores analisam ainda a necessidade de intervenção na economia; a Segunda Guerra Mundial, que estabeleceu a necessidade de o Estado controlar os recursos sociais; várias crises econômicas, entendendo os autores que são cíclicas; insubstituição da livre força do mercado entre outras.

Vale destacar nesse período, a doutrina de John Maynard Keynes (1883-1946). Após a Grande Depressão de 1929, Keynes buscou analisar meios que pudessem diminuir os efeitos das crises e depressões no sistema capitalista. Insistia que o Estado não poderia deixar a economia se estabelecer pela livre força dos mercados, ao contrário, o Estado deveria intervir nas relações econômicas, buscando fomentar a economia. Deixa-se de lado o período em que havia um mercado livre de intervenção estatal, para uma política puramente intervencionista

por parte do Estado.

Hugon (1995, p. 412) abordando a teoria keynesiana, afirma que cabia ao Estado controlar a moeda e o crédito, aplicar uma política tributária baixa, gerir a previdência social e realizar grandes obras públicas, para que a sociedade tivesse mínimo necessário para movimentar a economia. Vinha (2005, p. 3) afirma que o Estado é o “grande idealizador e realizador das políticas econômicas e sociais, implementando uma grande nacionalização da economia, através da constituição de monopólios estatais” o que viabilizou a recuperação da economia.

O Estado agia conforme verdadeira empresa, no sentido de manter a economia livre das crises, regulava serviços e fornecia esses mesmos serviços, buscando atender o bem estar da sociedade. No período pós-guerra, principalmente a partir do final da década de cinquenta, Scott (2000, p. 56) afirma que a atuação do Estado busca a “transformação das estruturas socioeconômicas e, também, da promoção de uma economia de bem-estar social, reformulando a visão clássica baseada no princípio de ordenação natural das relações de mercado”. Aqui havia intervenção do Estado de forma direta

Tal qual o modelo liberal, o modelo de bem-estar social também não se manteve, entrando em declínio a partir da década de 70, com as crises do petróleo, conforme Anderson (1995, p. 10), posto que “todo o mundo capitalista avançado caiu numa longa e profunda recessão, combinado, pela primeira vez, baixas taxas de crescimento com altas taxas de inflação, mudou tudo. A partir daí, as ideias neoliberais passaram a ganhar terreno”. Sendo que a implementação das ideias neoliberais encontrou espaço, principalmente, com as eleições de Margareth Teatcher, na Inglaterra em 1979 e Ronald Reagan, nos Estados Unidos em 1980.

Wolkmer (2000, p. 120) afirma que retomada do liberalismo ou neoliberalismo se deu:

[...] através da Escola Austríaca (fundada por Ludwig Von Mises) entre as duas guerras mundias, sendo uma resposta ideológica à crise econômica do Estado intervencionista, ao programa do keynesianismo, às tendências socialistas e ao poder significativo do sindicalismo.

Coube ao Estado a adoção de um novo comportamento: se antes ele não intervinha na economia (liberalismo), em seguida, intervinha massivamente (bem-estar social), agora ele passa a ser interventor no sentido de regular a economia (neoliberalismo). Segundo Scott (2000, p. 46) “a intervenção estatal no domínio

econômico manteve o modo de produção e os esquemas de repartição e circulação do produto, próprios do mercado capitalista, regulou-o, produzindo instrumentos legais de organização, de preservação e de controle desse mesmo mercado”. Cita o exemplo de ações que não são mais aceitas “as práticas monopolísticas e a concorrência ilícita”, entre outros que visem manter o mercado organizado.

Pode-se citar entre os maiores pensadores desse período Friedrich A. Haynek (1889-1992), com a obra “O Caminho da Servidão” (1944) e Milton Friedman (1912-2006), com a obra “Capitalismo e Liberdade”.

Para os autores, era necessária a retirada da participação direta do Estado na economia, sendo que este deveria limitar-se a regulá-la e abster-se de gastos sociais de forma progressiva.

A doutrina neoliberal ainda não dispõe de ideias uniformes e sistematizadas, nesse sentido Draibe (1993, p. 86) afirma que:

(...) o neoliberalismo não constitui efetivamente um corpo teórico próprio, original e coerente. Esta ideologia dominante é principalmente composta por proposições práticas e, no plano conceitual, reproduz um conjunto heterogêneo de conceitos e argumentos, “reinventando” o liberalismo mas introduzindo fórmulas e propostas que são muito mais próximas do conservadorismo político e de uma sorte de darwinismo social, distante pelo menos das vertentes liberais do século XX.

O neoliberalismo é uma retomada do liberalismo, porém, com outra roupagem. Cada uma dessas doutrinas, ao seu tempo, discutem os limites de atuação do Estado no ambiente econômico. No Brasil, atualmente, verifica-se a influência da corrente neoliberalista, buscando diminuir a atuação estatal, limitando a exploração direta da atividade econômica, conforme art. 173 quando imperativo da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Indiretamente, o Estado atua regulando e normatizando a atividade econômica, por meio da Constituição e demais leis.

A intervenção está relacionada a atuação estatal no domínio privado, ou seja, no ambiente mercadológico onde estão inseridas atividades empresariais cuja titularidade é tipicamente do setor privado. Esse também é o que expõe Grau (2008, p. 91) ao deixar que claro que “o Estado não pratica *intervenção* quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública. [...] *intervenção* expressa atuação estatal em área de titularidade do setor privado”, onde originalmente o setor público não

está.

Existem duas maneiras de o Estado intervir no ambiente econômico. Essa diferenciação é estabelecida por Grau (2008, p. 147) Para o autor, o Estado pode intervir *no* e *sobre* o domínio econômico.

Quando a atuação se dá *no* domínio econômico, “o Estado passa a atuar como *empresário*, comprometendo-se com a atividade *produtiva*, quer sob a forma de *empresa pública* quer sob a de *sociedade de economia mista*” segundo Fonseca (1996, p. 198) Pode ocorrer de duas maneiras, por “absorção” ou por “participação”. Quando o Estado atua do mercado por meio da absorção, ele o faz em regime de monopólio e, segundo Grau (2008, p. 147) “o Estado assume integralmente os meios de produção”. Se a atuação se dá por meio da participação “O Estado assume o controle de parcela dos meios de produção”, nessa hipótese “atua em regime de competição com empresas privadas que permanecem a exercitar suas atividades nesse mesmo setor”. Petter (2009, p. 100) chama de “atuação direta do Estado na atividade econômica”.

A possibilidade de o Estado intervir *sobre* o ambiente econômico por meio normativo é estabelecido pela Constituição em seu art. 174 que dispõe: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Se a atuação se dá *sobre* o domínio econômico, e é aqui que está inserido o objeto desse estudo, o Estado atua regulando a atividade econômica. E se opera também de duas maneiras, quais sejam: a direção e a indução, observadas por Grau (2008, p. 147).

Na hipótese em que há *direção*, “o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da *atividade econômica*”. Em atuando por meio indutivo, “O Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis” que buscam regulamentar o funcionamento dos mercados.

As normas utilizadas no sentido de dirigir o ambiente econômico são, normalmente, conforme Grau (2008, p. 148) “comandos imperativos, dotados de cogência, impositivos de certos comportamentos” a serem cumpridos por aqueles que atuam no ambiente econômico. O autor cita o exemplo da norma que “instrumenta controle de preços, para tabelá-los ou congelá-los”. Já as normas de

indução são “preceitos que, embora prescritivos (deônticos) não são dotados da mesma carga de cogência que afeta as normas de intervenção por direção”. Grau (2008, p. 148) cita as normas onde há “redução ou isenção de tributo, preferência à obtenção de crédito, subsídio [...]” entre os exemplos das normas de intervenção por direção.

Nascimento (1997, p. 57) prefere simplificar essa explicação dizendo que a atuação do Estado sobre o domínio econômico “seria um agir disciplinante da economia. Genericamente, pode-se afirmar que a atuação do Estado é normativa e regulamentadora”. O autor ainda continua:

Qualifica-se o ente estatal como agente normativo e regulador, o que alcançará editando leis pertinentes. Entenda-se, de início, a edição de tais leis tem duplo caráter. Primeiramente, conjunto de normas com objetivos direcionados à disciplinação da atividade econômica. Disciplina-se aclarando direitos e impondo restrições ou limitações. Em segundo lugar, serve de freio à própria atuação do Estado, porque a lei editada a limita, condicionando a atuação a seus termos.

A intervenção normativa, no exercício de sua competência, tem por destaque a função típica do Poder Legislativo, ao produzir normas inaugurais que visem disciplinar as relações econômicas. O art. 24, inciso I, da CF/88, estabelece que é de competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, a possibilidade de legislar sobre “direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico”. Essa possibilidade de agir normativo estabelece que os membros federativos podem legislar sobre direito econômico, desde que submetam-se às normas gerais estabelecidas pela União, posto que impõem normas que devem ser seguidas pelos demais entes federados. Em qualquer hipótese onde haja participação estatal para legislar em matéria econômica, faz-se necessário respeitar o regime jurídico estabelecido pela Constituição.

A seguir, analisa-se os princípios constitucionais e infraconstitucionais, especificamente os que estão presentes na Lei de Recuperação de Empresas e Falências, no intuito de servir de suporte para a concessão da recuperação de empresas para as Sociedades em Comum.

2.1 PRINCÍPIOS E FUNDAMENTOS DA ORDEM ECONÔMICA

Os princípios e fundamentos do art. 170, *caput* e incisos, da Constituição

Brasileira foram estabelecidos por meio do poder normativo do Estado para que pudessem servir de parâmetro e orientação para o bom desempenho das atividades econômicas e para atingir o escopo da ordem econômica, qual seja, garantir a todos existência digna, com a satisfação das necessidades da coletividade, observando-se os ditames da justiça social.

Vale destacar posição de Petter (2009, p. 46) que estabelece diferenciação entre fundamentos e princípios da ordem econômica.

Há de se tomar o fundamento como a causa da ordem econômica, ligando-se, portanto, ao próprio objetivo por ela pretendido. Enquanto que os princípios serão os elementos pelos quais aquela ordem se efetivará, ou seja, o ponto de partida para esta efetivação, e que, portanto, não pode ser relegado.

Essa distinção se faz importante posto que este estudo pretende analisar os fundamentos da ordem econômica e seus princípios. Souza (2002, p. 115) afirma que “um inegável empirismo semântico faz com que os termos fundamentos e princípios, em seu uso jurídico, adquiram um sentido mal definido, sendo por vezes assemelhado”. Nesse sentido, os princípios constitucionais da ordem econômica foram estabelecidos para que os fundamentos desta ordem viessem a ser concretizados.

Cretella Júnior (1993, p. 3948) afirma que “no Estado de Direito, a Ordem Econômica é protegida pelas Constituições e pelas leis, quer contra manobras dos particulares quer contra ingerências do próprio Estado”. Esse estudo pretende destacar a ingerência Estatal quando da proibição da recuperação para as Sociedades em Comum, já que os princípios constitucionais deixaram de ser respeitados, sendo que ao Estado cabe também a observância das leis econômicas.

Tendo em vista o tema ora em análise, pretende-se explicar de forma mais aprofundada os fundamentos da ordem econômica, quais sejam: valorização do trabalho humano e livre iniciativa com estímulo da atividade econômica; e também os seus princípios, entre eles destaca-se a busca do pleno emprego, função social da atividade econômica, livre concorrência, defesa do consumidor e tratamento favorecido para as micro e pequenas empresas, o que se faz a seguir.

2.1.1 Valorização do Trabalho Humano e Busca do Pleno Emprego

A valorização do trabalho humano é discussão que existe há muito tempo, já no período em que os Estados eram liberais haviam pessoas que buscavam proteção para os trabalhadores, em razão do poder que detinham os empregadores, todavia, essa proteção era pequena já que o mercado era autorregulável. Durante o Estado de Bem-estar Social, a proteção jurídica ao trabalhador foi se ampliando, surgindo nesse período a Consolidação das Leis do Trabalho no Brasil. Atualmente, buscou-se positivar a atuação dos agentes econômicos no intuito de garantir o mínimo para os trabalhadores e os demais envolvidos no mercado, já que o Estado passa a ter papel regulador das relações sociais.

No Estado brasileiro, a constituição Federal em seu art. 1º, inciso IV, traz, o valor social do trabalho e assegura também, em seu art. 170, *caput*, que a ordem econômica deve ter seu fundamento na valorização do trabalho humano. Para Grau (2008, p. 199) essa proteção em nível constitucional traz tratamento específico para o trabalho em si e para os trabalhadores.

Argumenta Sússekind (2006, p. 146) que a “valorização do trabalho é um dos princípios cardeais da Ordem Constitucional brasileira democrática, reconhecendo a Constituição, a essencialidade da conduta laborativa como um dos instrumentos mais relevantes de afirmação do ser humano”. Por meio do trabalho que atualmente, exige-se, seja decente, o ser humano trilha os caminhos da emancipação. Além deste aspecto pessoal, contribui para um mercado que prestigia as habilidades do trabalhador. Neste encontro de interesses (capital e trabalho) tem-se mais e melhores oportunidades de uma atividade econômica sustentável.

A valorização do trabalho humano está relacionada ao fato de que todos os indivíduos têm direito ao trabalho. Todavia, não é qualquer trabalho, fala-se aqui em trabalho digno e adequado de forma física, psicológica e moral. Dantas (2004, p. 68) entende que a caracterização do trabalho e sua conseqüente valorização está relacionada à “salário mínimo, piso salarial, irredutibilidade de salário e sua garantia, duração do trabalho, repouso semanal remunerado, gozo de férias, licenças à gestante e à paternidade, aposentadoria, seguro contra acidentes de trabalho”. Esses direitos citados por Dantas são o mínimo estabelecido pela Constituição Brasileira em seu art. 7º.

Bocorny (2003, p. 42-43) afirma que o trabalho humano passa a ser o

principal objetivo dos estudos econômicos, em detrimento inclusive do próprio capital:

A valorização do trabalho humano, esclareça-se, não somente importa em criar medidas de proteção ao trabalhador, como foi destacado nos Estados Sociais. [...], o grande avanço do significado do conceito que se deu no último século foi no sentido de se admitir o trabalho (e o trabalhador) como principal agente de transformação da economia e meio de inserção social, por isso, não pode ser excluído do debate relativo às mudanças das estruturas de uma sociedade. Assim, o capital deixa de ser o centro dos estudos econômicos, devendo voltar-se para o aspecto, talvez subjetivo, da força produtiva humana.

Nesse sentido, o capital humano é a força motriz do mercado, sem trabalhadores, não existe produção, razão pela qual o princípio em comento se faz importante também para este estudo.

As Sociedades Comuns respondem por grande parcela dos empregos gerados no Brasil. Em pesquisa realizada por Morais (2005, p. 20) constatou que cerca de 25% de toda a população ocupada no meio urbano era empregada por pequenos negócios informais.¹

Embora o princípio consititucional da valorização do trabalho humano importe basicamente em dever do Estado de promover intervenções, sejam elas fomentadoras, diretas, indiretas e até ativas, a Sociedade em Comum, ao lado do Estado, embora nem sempre amparada por ele, conforme analisado neste estudo, cumpre com sua obrigação constitucional de valorizar o trabalho humano, provendo postos de trabalho e conseqüente geração de renda.

Ao lado do princípio da valorização do trabalho humano, é preciso analisar o princípio da busca do pleno emprego, já que ambos são interligados. A busca do pleno emprego é princípio basilar de toda atividade econômica, tendo sua implementação principalmente nas legislações infraconstitucionais, embora seja encontrado em nível constitucional no art. 170, inciso VIII, entre os princípios norteadores da Ordem Econômica.

A legislação concursal, ora em comento, implementou claramente o princípio

¹ Os 9,6 milhões de pequenos negócios informais são constituídos por pessoas que prestam serviços por conta própria, por vendedores estabelecidos ou que trabalham no comércio ambulante, por fabricantes de produtos caseiros e por microempresários que empregam até cinco empregados, em diversos setores. Incluindo os empregados, o total de pessoas ocupadas nos 9,6 milhões de pequenos negócios era de 12,9 milhões (64% homens e 36% mulheres), representando 25% de toda a população ocupada no meio urbano.

da busca do pleno emprego ao incentivar a manutenção da fonte produtora de emprego e geradora de renda, em detrimento da decretação de sua falência.

Tal princípio estabelece o aproveitamento de forma integral do capital, da mão-de-obra, dos meios de produção, matéria-prima, tecnologias e produção de bens, conforme Grau (2008, p. 253) “Expansão de oportunidades de emprego produtivo” e, corretamente, “pleno emprego” são expressões que conotam o ideal keynesiano de emprego pleno de todos os recursos e fatores de produção”. Isso é justamente aquilo que os institutos da recuperação judicial e extrajudicial buscam com o princípio da preservação da empresa.

Nesse sentido, Szezerbicki (2008, p. 24-25) entende que “o pleno emprego está diretamente relacionado tanto à oferta de trabalho, quanto meio de geração de renda indireta para a circulação do sistema econômico e capitalista”. Apesar de estar à margem da legislação por não ter um contrato registrado, a Sociedade em Comum participa de forma muito concreta na implementação do princípio da busca do pleno emprego, já que inúmeros postos de trabalho são por ela gerados, fazendo com que os seus trabalhadores participem do mercado na condição de consumidores.

O princípio do pleno emprego também está relacionado com a função social da propriedade, mais especificamente da empresa, que será analisado a seguir. Grau (2008, p. 254) afirma que o proprietário tem por fim realizar o pleno emprego tal qual a obrigação de dotar a sua propriedade de função social.

Sob essa ótica, se a Sociedade em Comum realiza o pleno emprego, se ela cumpre sua função social, qual seria a justificativa plausível para negar-lhe o direito à recuperação de empresa? Qualquer legislação que conduza à retração da oferta de emprego, tal qual ocorre com a legislação concursal, implica contradição ao art. 170, *caput* e inciso VIII e, portanto, é inconstitucional. Ao vetar a recuperação para as Sociedades em Comum, a legislação não permite que ela permaneça sendo fonte geradora de empregos e renda, prejudicando os trabalhadores que se utilizam dessa atividade para sua manutenção e participação no ambiente econômico.

2.1.2 Liberdade de Iniciativa Econômica

Conforme analisado, a livre iniciativa é um dos fundamentos da ordem econômica brasileira, está relacionada ao estímulo da atividade econômica e à

liberdade que o indivíduo tem de se lançar no mercado. Relaciona-se também com o direito fundamental de “livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” nos termos do art. 5º, inciso XIII da Constituição brasileira. É ainda um dos fundamentos da República Federativa do Brasil nos termos do art. 1º, inciso IV e, por consequência, do Estado Democrático de Direito, .

A liberdade de iniciativa não se reduz à liberdade de iniciativa econômica, sendo este o posicionamento de Grau (2008, p. 203) “Vê-se para logo, destarte, que se não pode reduzir a *livre iniciativa*, qual consagrada no art. 1º, inciso IV do texto constitucional, meramente à feição que assume como *liberdade econômica* ou *liberdade de iniciativa econômica*”. Todavia, para este estudo, apenas a liberdade de iniciativa econômica será abordada, posto ser o que interessa para a discussão. Ela está prevista no art. 170, parágrafo único da CF/88 com a seguinte redação: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Petter (2009, p. 51) afirma que no vocábulo livre iniciativa está compreendido o “direito que todos possuem de se lançarem no mercado de trabalho por sua conta e risco, liberdade de lançar-se à atividade econômica sem encontrar restrições do Estado.”

Vale também destacar a opinião de Bastos e Martins (2000, p. 42) “o parágrafo sob comento cuida de garantir a todos a possibilidade de se lançarem no mercado não só como profissionais no desempenho de uma atividade econômica, mas também de levarem adiante a própria empreitada consistente na organização da empresa”. Cabe ao indivíduo que tenha interesse, se lançar no mercado para exploração de alguma atividade, sem que o Estado lhe imponha restrição quanto a isso. Trata-se da concepção do Estado liberal, conforme já analisado anteriormente.

Nesse sentido, Bastos (2000, p. 111):

O liberalismo leva em conta as limitações e as imperfeições do ser humano, mas considera que advém um bem maior para a sociedade, através dos resultados de uma atividade humana, ainda que procurada por razões egoísticas, na medida em que o homem está buscando o lucro para si; contudo, este lucro para si constitui-se também um lucro para todos. A riqueza mesmo gerada por um só homem, irradia-se por toda a sociedade.

Cabe ao indivíduo, ao se lançar no mercado, a obrigação de buscar o lucro

com a finalidade de trazer benesses para a sociedade e não somente para si. As Sociedades em Comum atuam de forma a gerar emprego e renda, não somente para os sócios mas para toda a sociedade em que ela está inserida.

A liberdade de iniciativa tem por colorário a possibilidade do empresário ou da sociedade empresária de escolher lançar-se no mercado para circular algum produto ou serviço, de forma que a escolha do que vender e por qual preço o fazer recai apenas sobre o empresário. Sobre ele também recai a escolha de qual maneira ele atuará no mercado, registrando-se perante o órgão competente, tendo com isso limitação patrimonial em caso de dificuldade financeira, ou deixando-o de fazer, assumindo os riscos de ter que responder com seu patrimônio próprio por dívidas de sua atividade.

Este estudo abordará em sua totalidade, a possibilidade de recuperação judicial ou extrajudicial para as Sociedades em Comum, considerando estas micro e pequenos empresários que não levaram seus atos constitutivos a registro. Nesse sentido, vedar a recuperação desses pequenos empresários, pura e simplesmente por ausência de inscrição, é violar o princípio constitucional da liberdade de iniciativa econômica, conforme afirma Petter (2005, p. 166):

[...] toda vez que essa liberdade se faz ausente, o caminho trilhado é o inverso do telos constitucional. Quando se fazem exigências desproporcionais para micro e pequenos empresários, sejam de ordem burocrática, fiscal, etc., põe-se em risco, ao menos indiretamente, a liberdade de iniciativa econômica daqueles.

O art. 48 da Lei 11.101, ao estabelecer a necessidade de exercício regular das atividades por período superior a 2 (dois) anos, está prejudicando a liberdade de iniciativa dos micro e pequenos empresários, posto que esse controle acaba por impossibilitar a recuperação de empresas que trariam benefícios para a sociedade gerando emprego e participação no mercado, além de fomentar a concorrência.

2.1.3 A Propriedade Privada e a Função Social da Atividade Econômica

A Constituição Federal adota entre os princípios da Ordem Econômica, no inciso II do art. 170 a “propriedade privada”, e no inciso III aborda a sua função social.

O primeiro princípio estabelece o livre gozo e disposição dos bens

particulares. É decorrência do previsto no art. 5º, inciso XXII, que garante o direito de propriedade ao indivíduo. Fonseca (1996, p. 84) afirma que “o direito de propriedade individual é um pressuposto da liberdade de iniciativa”, ou seja, se é assegurado a todos o livre direito de se inserir no mercado, deve ser garantida a propriedade daquele que ali está inserido.

Nascimento (1997, p. 21) traz afirmação muito importante de ser aqui destacada: “a propriedade, se e enquanto utilizada na ordem econômica, permanece na titularidade da pessoa física ou jurídica. Por mais importante que a atividade possa ser para o Estado, o bem não passa à propriedade coletiva e se mantém na dominialidade particular”. Esse entendimento confirma que a propriedade privada vai ser garantida, mesmo que aparentemente a atividade seja importante para o Estado, desde que seja exercida respeitando-se a sua função social.

O segundo princípio, foi instituído para contrariar o que antes era exposto pelo liberalismo, onde se garantia o direito de propriedade de forma plena. Bastos e Martins (2000, p. 24) afirmam que a propriedade, nesse período, “em muitas vezes ela era utilizada de forma a satisfazer os caprichos do proprietário, sem nenhuma contribuição, contudo, para o bem-estar da coletividade”. A partir da Constituição de 1934, no Brasil, afirma-se que a propriedade deve atender interesses coletivos e aos fins sociais. Petter (2005, p. 202) afirma que o atual direito de propriedade garante “o uso, gozo e disposição do bem pelo proprietário, mas sem perder de vista os interesses sociais potencializados pela funcionalidade afeta ao exercício daqueles direitos”, ou seja, estabelece-se a função social enquanto restrição à propriedade privada.

Para entender o princípio da função social da propriedade, necessário entender o que vem a ser o termo função no âmbito jurídico. Teizen Júnior (2004, p. 130) afirma que “usa-se do termo função, na análise institucional do direito, para designar a finalidade legal de um instituto jurídico, ou seja, o bem ou valor em razão do qual existe, segundo a lei, esse conjunto estruturado de norma”. Se função tem a ver com a finalidade pela qual a legislação estabeleceu determinado instituto, fica claro que a função social tem por finalidade atender aos ditames da sociedade.

Concorda com esse entendimento Comparato (1986, p. 75):

Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são limites negativos aos direitos do proprietário. Mas a noção de função, no sentido

em que é empregado o termo nessa matéria, significa um poder, mais especificamente um poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do *dominus*; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica.

Nesse sentido, Guedes (2003, p. 344) afirma que “a função social é utilidade à sociedade, atendimento do interesse coletivo, restando a incumbência de cercar o que seja neste âmbito: sociedade”, e ainda continua dizendo que deve haver harmonia entre os interesses do indivíduo e da sociedade.

Assim, o princípio prevê a necessidade de adequação dos interesses privados aos interesses da sociedade, de modo que eles sejam congruentes e compatíveis, assim agindo, o proprietário não será sancionado pela ordem jurídica por descumprir a função social.

O presente estudo pretende analisar, de forma específica, o princípio da função social no âmbito econômico, mais precisamente a função social da empresa.

Antes mesmo da Constituição de 1988 já se falava na necessidade de a atividade empresária desenvolver suas atividades tendo por base a função social. A Lei nº 6.404/1976 estabeleceu em seu art. 116, parágrafo único a necessidade de as Sociedades por Ações cumprirem com uma função social, incumbindo o acionista que controla a atividade empresária de usar o seu poder para que haja efetivação da função social uma vez que ele tem deveres e responsabilidades com os demais acionistas da empresa, com os trabalhadores e com a sociedade em que atua. Porém, a partir da Constituição de 1988 é que se buscou concretizar esse princípio, já que até então não existiam meios efetivos para se sancionar as empresas que não cumpriam com a sua função social, assim se manifesta Comparato (1986, p. 62).

A empresa tem por função principal a geração de lucro, principalmente porque cabe a ela pagar seus trabalhadores, credores e trazer benefícios para os sócios. Hoje, todavia, a empresa não deve estar preocupada apenas com o lucro, mas também com a geração de empregos e renda para a sociedade. Esse também é o entendimento de Comparato (1995, p. 3)

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. É dela que depende, diretamente, a subsistência da maior parte da população ativa deste país, pela organização do trabalho assalariado. A massa salarial já equivale, no Brasil, a 60% da renda nacional. É das empresas que provém a grande maioria dos bens e serviços consumidos pelo povo, e é delas que o Estado retira a parcela maior de suas receitas fiscais. É em torno da empresa, ademais, que gravitam vários agentes econômicos não-assalariados, como os investidores de capital, os fornecedores, os prestadores de serviços.

Cabe à empresa, no intuito de cumprir com a sua função social, gerar empregos, produzir bens e serviços, pagar tributos, os seus credores e prestadores de serviço. Todavia, em algumas situações, a atividade empresária gera empregos, tributos, tem produção de produtos e serviços, mas encontram dificuldade em pagar seus credores. Neste contexto é que surge a recuperação de empresa, que busca manter operante a empresa que é viável. Mas, não é o que acontece com as Sociedades em Comum, mesmo que ela seja uma fonte viável de produção de bens, serviços, empregos e tributos e, portanto, cumpridora de sua função social. Ela não pode se beneficiar da recuperação e é excluída do mercado da região em que está inserida simplesmente por não estar registrada. A própria legislação recuperacional contraria a constituição, ao inviabilizar que a Sociedade em Comum continue a cumprir com a sua função social.

2.1.4 Livre Concorrência

A liberdade de concorrência é um desdobramento da livre iniciativa, ambos princípios expressos pela Constituição Federal para basearem a Ordem Econômica brasileira e, por consequência, a atividade econômica.

Bastos (1995, p. 807) afirma que “A livre concorrência é um dos alicerces da estrutura liberal de economia e tem muito que ver com a livre iniciativa. É dizer, só pode existir a livre concorrência onde há a livre iniciativa”, todavia, o inverso não é correto, pode haver liberdade de iniciativa sem que exista liberdade para concorrer no mercado.

Barbieri Filho (1984, p. 119) delinea a livre concorrência na possibilidade que as atividades empresárias têm de “em condições de igualdade, disputar espaços com objetivos lícitos e compatíveis com as aspirações nacionais”. Ainda segundo o autor, “na área econômica, representa a disputa entre todas as empresas para obter maior e melhor espaço no mercado” e também a atenção

do consumidor.

Rocha e Faro (2010, p. 23) afirmam que a Constituição brasileira “assegura a liberdade para que os agentes econômicos decidam como alocar os recursos produtivos e assegura que essa liberdade não será tolhida pelo Estado”. Essa é uma das formas de concorrência, que estabelece a liberdade da empresa se manter no mercado e agir no intuito de garantir lucro, conforme Senhoras (2003, p. 84). Todos quantos quiserem têm liberdade para atuar no mercado, da maneira que julgarem melhor, submetendo-se apenas às leis estabelecidas pelo Estado.

A liberdade de concorrência pode ser expressa de outras duas formas, também segundo entendimento de Senhoras (2003, p. 84): i) liberdade de iniciativa empresarial, que está relacionada ao princípio da livre iniciativa já abordado anteriormente; ii) e a liberdade de escolha dos consumidores, sendo “esta é um dos elementos mais relevantes que compõem a livre concorrência, uma vez que até mesmo os mais liberais se valem dela para demonstrar a vantagem da aplicação prática da ediciência econômica”.

No intuito de preservar a ordem econômica, a atividade empresária é importante para manter a possibilidade de escolha dos consumidores, visando proibir qualquer prejuízo que lhes seja causado.

Coelho (2007, p. 27) traz importante consideração acerca da legislação brasileira de proteção a concorrência:

Em consonância com a definição de um regime econômico de inspiração neoliberal, pela Constituição, o legislador ordinário estabeleceu mecanismos de amparo à liberdade de competição e de iniciativa. Estes mecanismos, basicamente, configuram a coibição de práticas empresariais incompatíveis com o referido regime [...].

Cabe ao Estado a intervenção para coibir abusos ou condutas que caracterizem abuso do poder econômico. Essa intervenção é importante e se justifica para resguardar o princípio constitucional em comento. Tal intervenção se legitima no sentido de proteger a ordem econômica dos prejuízos causados pelos monopólios, cartéis, trustes e demais manobras que busquem evitar ou diminuir a concorrência.

O princípio da livre concorrência tem por fim garantir a permanência das empresas no mercado, que é condição para a manutenção de um ambiente concorrencial. O respeito a esse direito possibilita a atuação dos agentes

econômicos, competindo em determinado nicho, visando à produção e circulação de bens e serviços, com preços resultantes do próprio jogo do mercado, sem que para isso utilizem-se de manobras anticoncorrenciais.

Em mercados onde as empresas competem de forma justa e igualitária, os consumidores são livres para optar entre as condições ofertadas a que melhor lhe atrai, o que traz equilíbrio por meio da oferta e da procura. Tais consumidores devem dispor de meios de defesa para que essa concorrência seja benéfica para eles, é a síntese do que será analisado a seguir.

2.1.5 Defesa do Consumidor

A Constituição estabelece a possibilidade de livre concorrência no ambiente econômico. Essa concorrência possibilita ao consumidor a livre escolha do que adquirir entre os diversos produtos e serviços oferecidos no mercado.

Muitas vezes essa concorrência vem a prejudicar o consumidor, razão pela qual a Constituição estabelece a necessidade de defesa do consumidor, garantindo-lhe posição de vulnerabilidade diante de desequilíbrios na relação de consumo.

Esse regime se justifica principalmente depois da Revolução Industrial, já que em momento anterior, no entendimento de Vaz (1984, p. 15) “o consumidor é considerado o detentor do poder econômico [...]”. Além da produção em larga escala que começa a ganhar espaço, ocorre também um afastamento entre consumidor e fornecedor, de forma que este passa a ser o detentor do poder econômico. Esse é o entendimento de Pires (2003, p. 56):

A Revolução Industrial modificou o mercado de consumo de forma substancial com a produção em série de produtos. A produção manual e artesanal feita especificamente para determinado consumidor cede lugar à produção em massa. A proximidade existente entre fornecedor e consumidor foi substituída por uma relação impessoal e distante, e o consumidor, que a princípio seria quem ditaria as regras do mercado, já que, se produz para ele, ficou impotente ante o poderio econômico conseguido pelos fornecedores por intermédio da nova tecnologia de produção em massa, além de uma maior exposição desse consumidor a produtos defeituosos decorrentes de erros técnicos e falhas no processo produtivo.

No Brasil a preocupação com a tutela do consumidor é fato recente e aparece apenas com o advento da Constituição de 1988, que em seu texto estabelece que cabe ao Estado promover a defesa do consumidor nos termos da lei,

conforme art. 5º, inciso XXXII. Ainda no campo constitucional, o art. 170, inciso V, incluiu a proteção do consumidor entre os princípios da ordem econômica.

No texto constitucional, outros artigos merecem destaque: o art. 24, inciso VIII, estabelece a competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para legislarem concorrentemente sobre responsabilidade por dano ao consumidor; o art. 150, §5º determina a obrigatoriedade de lei para que medidas sejam tomadas no sentido de esclarecer o consumidor acerca dos impostos que incidem sobre mercadorias e serviços; o art. 175, parágrafo único, inciso II, estabelece que cabera à lei dispor sobre os direitos dos usuários de serviços públicos; no art. 220, §4º encontra-se a previsão quanto a restrições legais para a propaganda de tabaco, bebidas alcólicas, medicamentos, agrotóxicos e terapias; o art. 221, *caput* e incisos, estabelece os princípios a que estão obrigadas as emissoras de rádio e televisão para a suas produções e programações.

Visando efetivar a previsão constitucional de se estabelecer um sistema para a defesa do consumidor, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu art. 48 afirmou que o Congresso Nacional deveria elaborar código de defesa do consumidor em 120 (cento e vinte) dias após a promulgação da Constituição. Em razão disso, em 11 de setembro de 1990 o legislador trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro a Lei 8.078, ou Código de Defesa do Consumidor (CDC). Miragem (2012, p. 40) afirma que houve consagração de “um novo microsistema de direitos e deveres inerentes às relações de consumo”, o que aproximou “de modo mais efetivo suas proposições normativas dos fatos da vida que regula”. Em síntese, o CDC estabelece diretrizes para a proteção e defesa do consumidor, sendo uma norma de ordem pública e interesse social.

A definição de consumidor é trazida pelo Código em seu art. 2º, que dispõe: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Quanto ao consumidor pessoa física, normalmente não se tem problema, já que ele costuma ser o destinatário final do produto. No que diz respeito à pessoa jurídica, Filomeno (2008, p. 24) estabelece uma forma interessante para verificar se existe relação de consumo ou não:

Vê-se, por conseguinte, que o traço fundamental para se estabelecer se uma relação jurídica é ou não de consumo é analisar se a aquisição ou utilização de produto ou de serviço se dá como destinação final. Ou seja, e para ficar bem claro: se o produto ou o serviço atende a uma necessidade efetiva ou imposta a uma pessoa jurídica e não se utilizados como insumos,

componentes, ou valor agregado a outros produtos ou serviços, então será ela, também, consumidora, tal qual a pessoa física.

O parágrafo único do artigo estabelece que a coletividade de pessoas, ainda que não sejam determinadas, equipara-se a consumidor, desde que participem nas relações de consumo. Sempre que alguém adquirir um produto ou serviço, sendo ele destinatário final, estará amparado por este código.

Os arts. 17 e 29 do CDC trazem a figura do consumidor por equiparação. No primeiro aborda que todas as vítimas pelo fato do produto ou serviço serão equiparadas ao consumidor para fins de responsabilização do fornecedor. O segundo artigo afirma que para fins de responsabilização em relação às práticas comerciais, todas pessoas que foram expostas a essas práticas, sejam elas determinadas ou não, serão equiparadas aos consumidores.

Marques (2009, p. 69) afirma que a definição de consumidor não está adstrita apenas à figura do adquirente, ao contrário, o CDC “visa também proteger as vítimas dos atos ilícitos pré-contratuais, como a publicidade enganosa”, além das práticas abusivas “sejam ou não compradoras, sejam ou não destinatárias finais”. No que diz respeito à publicidade ilícita, o CDC ainda defende toda a coletividade que tenha sido vítima dessa atividade “como a publicidade abusiva ou violadora da igualdade de raças, de credo e de idades no mercado de consumo”. Quanto ao fato do produto e do serviço, o CDC protege todas as vítimas “dos acidentes de consumo, tenham ou não usado os produtos e serviços como destinatários finais”. Pretende-se com essas determinações legais, a proteção do consumidor por equiparação, ou seja, aquele que não adquiriu diretamente o bem, mas veio a ser atingido por uma situação de forma indireta, seja por intermédio da publicidade enganosa ou abusiva, seja por meio dos acidentes de consumo.

Importante apresentar a visão de Lucca (1995, p. 38) que analisa o conceito de consumidor da mesma maneira que Marques antes mencionada:

Não adianta, com efeito, os juristas se digradarem à exaustão na peregrinação inútil de um conceito jurídico, preciso e limitado, que nos permita visualizar sempre a figura que se pretende definir.

Tais definições, como já foi mostrado, correm o inevitável risco de pecar pela falta ou pelo excesso.

Andou bem, pois, o nosso Código, que afastou desde logo, a possibilidade de abarcar, num conceito único, a figura daquele que buscava proteger. A solução, a meu ver, foi muito feliz.

A discussão acerca do conceito do consumidor é ampla e comporta diversas teorias, todavia, esse não é o objeto principal deste estudo, razão pela qual restringe-se ao acima explanado.²

A legislação infraconstitucional de proteção ao consumidor, no intuito de atender suas necessidades básicas, traz em seu bojo uma série de direitos para os consumidores e deveres para os fornecedores, assim também entende Miragem (2012, p. 164) “note-se que sua orientação lógica é pela exclusividade do reconhecimento de direitos subjetivos aos consumidores e estabelecimento de deveres jurídicos aos fornecedores”.

Entre os direitos básicos do consumidor, conforme previsto no art. 6º do CDC estão: i) o direito à vida; ii) à saúde e à segurança; iii) à informação; iv) ao equilíbrio contratual; v) à prevenção de danos e sua efetiva reparação caso ocorra; vi) acesso à justiça, inclusive com inversão do ônus da prova para facilitar a defesa dos seus direitos; vii) prestação adequada de serviços públicos. Todavia, não são somente esses direitos, outros direitos podem estar expressos em tratados, convenções internacionais em que o Brasil seja signatário, legislações internas ou ainda de regulamentos que venham a ser expedidos pelas autoridades competentes. Observa-se também os direitos que advenham dos princípios gerais do direito, da analogia, dos costumes e da equidade.

Quanto às deveres dos fornecedores, eles são inúmeros e, tais quais os direitos do consumidor, podem estar expressos em outras leis, além do CDC. Vale destacar: i) a necessidade de informação adequada dos preços dos produtos e serviços, conforme art. 6º, inciso III e art. 31 do CDC; ii) não cometer práticas

² Cláudia Lima Marques (2005, p. 304-305) aborda três teorias que buscam definir o conceito de consumidor: a teoria finalista, a teoria maximalista e a teoria do finalismo aprofundado. A primeira teoria identifica que a expressão destinatário final” estabelecido pelo art. 2º do CDC seja interpretada de maneira restrita, ou seja, “aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física”. Ao estabelecer a necessidade de que o comprador do produto seja o destinatário final do bem, prevê a impossibilidade de utilização para revenda ou para uso profissional, por exemplo. “Essa interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional (...)”. A segunda teoria, qual seja, a maximalista, afirma que “o CDC seria um Código Geral sobre o consumo, um Código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis, ora de fornecedores, ora de consumidores”. Diferentemente da teoria finalista, para a teoria maximalista não importa se o consumidor tem o fim de obter lucro com o produto. A autora ainda afirma a existência de uma terceira teoria, que apareceu a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002, que seria a teoria do finalismo aprofundado (2005, p. 336) para quem a configuração do consumidor, baseada na “destinação final exigida pelo art. 2º do CDC deve levar em conta as circunstâncias do caso”, e mais, “deve ser interpretada de acordo com o sistema de tutela especial do Código e conforme a finalidade da norma”.

abusivas, nos termos dos arts. 37 e 39 do CDC; iii) Informar o custo efetivo total do produto em caso de outorga de crédito, inclusive com a taxa de juros mensal e anual, nos termos do art. 3º, parágrafo único do Decreto Federal nº 5903/2006; iv) informar as formas e condições de pagamento em local visível ao consumidor, conforme art. 13, inciso I do Decreto nº 2181/1997.

Com esse microssistema de proteção do consumidor, estabelecendo deveres para os fornecedores, mas principalmente direitos para o consumidor, o legislador efetivou os mandamentos constitucionais, ou conforme afirmam Bastos e Martins (2000, p. 33):

O importante é atentar para o fato de que o legislador ordinário levou adiante o objetivo maior do constituinte, que foi o de atender às necessidades básicas dos consumidores, seja no respeito à sua dignidade, saúde, segurança, seja na proteção de seus interesses econômicos, seja, ainda, na melhoria da sua qualidade de vida, tudo isso por meio de uma política nacional das relações de consumo.

Certo é que a política nacional de proteção ao consumidor tem por objetivo o resguardo do consumidor vulnerável, para que ele não venha a ser prejudicado em razão, também, do seu desconhecimento. O Estado ao intervir sobre o domínio econômico, preocupou-se que fornecedores não trouxessem prejuízos aos consumidores e, no intuito de estender a proteção dos consumidores ao maior número possível de fornecedores, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) estendeu o conceito para abranger os entes despersonalizados, hipótese que será discutida em momento oportuno.

2.1.6 Tratamento Favorecido para as Micro e Pequenas Empresas

As micro e pequenas empresas são o sustentáculo da economia brasileira nos dias atuais, sendo as maiores responsáveis pela geração de empregos e renda do país. Ferreira Filho (2001, p. 356) afirma que “numa era de gigantismo empresarial, a sobrevivência das empresas de pequeno porte é extremamente difícil. São elas porém, um elemento de equilíbrio e, conseqüentemente, merecem um tratamento especial”. Em razão disso, o art. 170, inciso IX positivou o princípio do “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país”.

O art. 179 da Constituição estabelece que caberá aos entes federados

dispensar às micro e pequenas empresas, conforme definição legal, “tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei”.

O princípio em tela tem o condão de estabelecer diretrizes para as legislações infraconstitucionais e, também, efetivar políticas públicas no sentido de garantir que as micro e pequenas empresas continuem operantes no mercado, dado a sua importância.

Vale ressaltar que as empresas de pequeno porte são consideradas gênero, do qual resulta duas espécies: microempresas (ME) e empresa de pequeno porte (EPP), com distinção estabelecida pela Lei Complementar 123/2006 (Estatuto da Microempresa) conforme receita bruta anual. Em seu art. 3º estabelece que para que seja considerada microempresa, a atividade deve ter tido receita bruta igual ou inferior a R\$360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais), enquanto para que seja considerada empresa de pequeno porte, o valor deve estar compreendido entre R\$360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

As Sociedades em Comum podem ser incluídas entre as Micro e Pequenas Empresas uma vez que dificilmente o seu faturamento ultrapassará o teto previsto pelo Estatuto da Microempresa, por se tratarem de empresas familiares, pequenos prestadores de serviços, além de atividades que abrangem a mão-de-obra que normalmente está excluída do mercado. Seguindo esse raciocínio, D’Arcanhy (2008, p. 5) entende que as micro e pequenas empresas brasileiras “têm sua origem, via de regra, em trabalhadores excluídos do mercado de trabalho, que entram no setor de serviços, ou de produção em pequena escala, com mínima tecnologia e pouca formalidade de atividades administrativas”, assim sendo, “estas empresas representam, em última análise, pequenos capitais responsáveis pelo aproveitamento de uma considerável parcela de mão-de-obra”. Ou seja, a Sociedade em Comum é importante para o mercado ao incluir trabalhadores excluídos do mercado formal de emprego.

O princípio em comento é de bastante importância para o presente estudo, uma vez que a legislação concursal ao vetar a recuperação para as Sociedades em Comum esquece-se de efetivar o princípio constitucional pois qualquer cidadão, em um ambiente econômico favorável, pode dar início a um micronegócio no intuito de

manter a sua subsistência, razão pela qual, ao enfrentar dificuldades financeiras, ele deve obter apoio estatal para sua recuperação, já que esse é o mandamento constitucional.

Se para as empresas há reclamo quanto à sua regularização perante a Junta Comercial, para os micro e pequenos empresários as dificuldades são ainda maiores. Ao não ter tratamento diferenciado, nos moldes do texto constitucional, estas categorias ficam mais próximas da alternativa da falência.

Mello (2014, *on line*) entrevistou Tadeu Jacoby, vice-presidente do Sindicato das Empresas de Serviços Contábeis do Rio Grande do Sul (SESCON/RS) acerca da dificuldade dos empresários para a regularização ao que este respondeu, “muitos empresários demoram tanto para começar a operar que não conseguem se recuperar. Outros quebram antes mesmo de entrar em operação”. Em razão dessa situação, a discussão quanto a simplificação da regularização dos micro e pequenos empresários já alcançou status legal. A Lei Complementar 11.598/2007 criou a Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios – REDESIM, que visa unificar os procedimentos de abertura, alteração e fechamento de empresas, integrando em um sistema *on line* diversos órgãos, entre eles: Vigilância Sanitária, Receita Estadual, Receita Federal, Corpo de Bombeiros e Institutos Ambientais.

Com esse sistema, segundo JUCERN (2014, *on line*) será possível emitir alvará provisório para atividades de baixo risco “sendo que as vistorias prévias referentes a essas atividades serão realizadas posteriormente à abertura da empresa, permitindo o funcionamento imediato das firmas a serem criadas no Brasil”. Todavia, a REDESIM ainda não foi implantada em todo o país, razão pela qual a regularização dos micro e pequenos empresários ainda segue comprometida em razão da burocracia.

A Lei Complementar 147/2014 incluiu o art. 7º-A na Lei Complementar 11.598/2007, que assim prevê:

O registro dos atos constitutivos, de suas alterações e extinções (baixas), referentes a empresários e pessoas jurídicas em qualquer órgão dos 3 (três) âmbitos de governo, ocorrerá independentemente da regularidade de obrigações tributárias, previdenciárias ou trabalhistas, principais ou acessórias, do empresário, da sociedade, dos sócios, dos administradores ou de empresas de que participem, sem prejuízo das responsabilidades do empresário, dos titulares, dos sócios ou dos administradores por tais obrigações, apuradas antes ou após o ato de extinção.

Nessa situação, a falta de regularidade das obrigações tributárias, previdenciárias ou trabalhistas não é óbice para que o empresário interessado em pleitear o seu registro junto ao órgão competente o faça.

Com essa alteração, os micro e pequenos empresários, além do microempreendedor individual passaram a ter especial atenção dos governos quanto à abertura, inscrição e o registro, além de alvarás e licenças, dentre outras, de acordo com o art. 4º, §3º. Isso demonstra a preocupação do Estado em viabilizar a manutenção dos micro e pequenos empresários que são importantes para o mercado brasileiro. E mais do que isso, busca incentivar a sua formalização para viabilizar suas atividades.

Considerando que cada vez mais é reconhecida a especial condição destes empresários, defende-se que todos os regramentos que têm por destinatários as relações econômicas, de que trata essa pesquisa, devem seguir o mesmo sentido e direção.

É necessário para o pequeno empresário a interpretação da legislação, de forma a incentivar, proteger, promover apoio de maneira efetiva e satisfatória a este segmento fundamental na economia brasileira. Não basta uma legislação concursal considerada modelo para o mundo, se ela não efetivar seus princípios no setor que mais enfrenta dificuldades ante a alta carga tributária, trabalhista e previdenciária que envolve os microempresários. A legislação falimentar precisa ser interpretada no sentido de viabilizar a recuperação das micro e pequenas empresas, dando-lhes tratamento diferenciado dos demais aglomerados econômicos, o que não acontece com a vedação da recuperação para as Sociedades em Comum.

Os princípios constitucionais devem orientar o legislador constitucional mas também e, principalmente o legislador infraconstitucional. Insta analisar os princípios que compõem o corpo da legislação falimentar, o que se faz a seguir, visando estabelecer nítida relação entre os princípios constitucionais, infraconstitucionais e a possibilidade de recuperação judicial ou extrajudicial para as Sociedades em Comum.

2.2 PRINCÍPIOS BASILARES DA LEGISLAÇÃO CONCURSAL

A legislação concursal brasileira, trazida ao ordenamento jurídico no ano de 2005, apresenta em seu cerne uma série de princípios que auxiliam na efetivação de

seus dispositivos, são princípios basilares que norteiam sua aplicação. Fazzio Júnior (2010, p. 15) afirma que “o processo de insolvência, como qualquer outro, é orientado por princípios”. Com o advento da Lei 11.10/2005, o legislador buscou efetivar os princípios constitucionais já abordados e também os princípios infraconstitucionais para definir uma nova postura em relação ao tratamento que é dado às empresas que passam por crise. A legislação busca de forma efetiva a preservação da fonte produtora de riqueza com o objetivo de proteger os interesses da comunidade, dos credores e dos trabalhadores.

Os primeiros princípios abordados pela Lei 11.101/2005 encontram-se no artigo 47 da legislação recuperacional, que dispõe:

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 princípio da função social já foi discutido entre os princípios que compõem o regime jurídico econômico e o princípio da preservação da empresa será a seguir abordado em conjunto com demais previstos pela legislação concursal.

2.2.1 Princípio da Preservação da Empresa

O princípio basilar da legislação concursal brasileira é o da preservação da empresa, razão pela qual, sempre que possível, a atividade empresária deve ter continuidade, em razão da geração de riquezas e renda, dos postos de trabalho, além do desenvolvimento da região em que está inserida.

Tal princípio nasce a partir das experiências negativas trazidas pelo Decreto-lei 7.661/1945, que tratava com prioridade a decretação da falência do devedor empresário, mesmo diante das atividades ainda viáveis, que poderiam trazer benefícios para a sociedade. Verificou-se que a falência não era a melhor solução tanto para o devedor, quanto para os credores, razão pela qual iniciou-se a discussão acerca da manutenção da atividade empresária.

A preservação da empresa é de interesse do próprio devedor, mas principalmente dos credores, já que a sua quebra muitas vezes significa impossibilidade de efetuar o pagamento de suas dívidas, enquanto a recuperação, e por conseguinte a preservação da empresa, possibilitam esse pagamento. Assim

também se posiciona Coelho (2008, p. XIII e XIV) para quem o risco da falência preocupa os credores, “para estes, a quebra do devedor significa na maioria das vezes a perda do crédito, enquanto a outorga do benefício poderá eventualmente garantir o recebimento da parte deles”.

Para que a empresa seja preservada, ela precisa dispor de meios de produção para que possa continuar no mercado. Nesse sentido, Santos (2008, p. 27) assevera que:

A empresa recuperável necessita de forças de produção para continuar operando, as quais configuram-se em capital, insumos, tecnologia e mão de obra. O capital, especialmente obtido junto ao mercado financeiro, fomenta a atividade econômica; os insumos e a tecnologia são adquiridos através de operações com outras empresas – o que também confere mobilidade às relações –, e a mão de obra, não sendo dispensada, contribui para a circulação das riquezas.

O primeiro passo para viabilizar a aplicação do princípio da preservação da empresa está em verificar se os fatores de produção que a atividade empresária dispõe são suficientes para que ela venha a obter crédito por meio deles. Do contrário, o princípio não deverá ser aplicado e a falência da atividade empresária passa a ser a opção mais viável.

A partir do princípio da preservação da empresa, é possível analisar algumas situações que a legislação prevê para afastar a falência e permitir que a sociedade possa permanecer no mercado: entre eles o trespasse ou arrendamento do estabelecimento e a possibilidade de recuperação extrajudicial, que hoje não mais enseja a decretação da falência.

Conforme inciso VII do art. 50, há previsão de trespasse ou arrendamento do estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados. Esta previsão está intimamente ligada ao princípio da preservação da empresa, ao afastar da administração do negócio pessoas que foram infelizes na sua condução.³ É possível a venda do estabelecimento a terceiros que possam dar continuidade na mesma atividade. Já no arrendamento, não há venda do estabelecimento, há somente mudança na administração ou direção da atividade devedora. Presume-se que em qualquer das duas opções, a mudança ocorre por haver melhores condições

³ A nova Lei 11.101/2005 estabelece um rol exemplificativo de meios de recuperação judicial que podem ser utilizados na elaboração do plano. Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros VII - trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados;

de promover a recuperação e a preservação da atividade.

A possibilidade de recuperação extrajudicial tem importantes conquistas ao comparar com o regime da legislação anterior. No art. 2º, inciso III, do Dec. Lei. 7661/1945, havia previsão expressa de que a convocação dos credores para negociar suas dívidas era considerada ruptibilidade comercial, ensejando a decretação da falência do devedor. Na atual legislação, visando preservar a atividade econômica, o art. 161 da Lei 11.101/2005 traz a possibilidade de o devedor convocar seus credores para negociar, excluindo de seu âmbito de incidência apenas os créditos de natureza tributária, derivados da legislação do trabalho e os decorrentes de acidente de trabalho, por previsão do §3º do mesmo artigo. Estão excluídos também aqueles créditos que já não poderiam ser negociados na recuperação judicial, com previsão no art. 49, §3º e 86, inciso II, da Lei 11.101/2005.⁴

Além dos casos previstos de efetividade do princípio ora em comento, a própria legislação concursal feriu o seu princípio basilar pois em seu art. 73, trouxe a possibilidade de se converter a recuperação judicial em falência, nas hipóteses de: i) deliberação da assembléia geral; ii) não apresentação do plano de recuperação; iii) rejeição do plano; iv) ou descumprimento de qualquer obrigação ali assumida.

Coelho (2008, p. 185) entende que “a vinculação do insucesso da recuperação judicial à falência não deveria existir”. Para o autor, esta previsão legal estabelece margem para o “uso fraudulento do instituto por devedores que não se encontram em estado pré-falimentar e apenas desejam locupletar-se às custas de seus credores”, assim, o instituto perde seu objetivo. Apresenta a seguinte solução: possibilidade de a legislação “abrir ao juiz a possibilidade de de negar a recuperação judicial sem necessariamente decretar a falência”. Nessa hipótese, estando o devedor

⁴ Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos: [...] § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. Art. 86. Proceder-se-á à restituição em dinheiro: [...] II – da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente;

em estado pré-falimentar, a quebra por certo virá uma vez que os credores apresentarão pedidos. Se não for o caso, o devedor buscará outras maneiras para saldar suas dívidas visando a manutenção da empresa em atividade.

Coelho (2008, p. 186) entende ainda que:

O ideal, segundo meu ponto de vista, seria a lei abrir ao juiz a possibilidade de negar a recuperação judicial sem necessariamente decretar a falência. Se o devedor estiver mesmo em estado pré-falimentar, a quebra virá logo, por força da tramitação dos pedidos que certamente já terão sido ajuizados contra ele. E se não estiver nesse estado, a tendência é o devedor procurar satisfazer os seus credores com o objetivo de manter a empresa ativa.

A Lei 11.101/2005 em vários momentos efetiva o princípio da preservação da empresa, todavia, na hipótese acima menciona, ela fere o princípio ao estatuir a convolação da recuperação judicial em falência, pois caso o devedor não tenha condições de cumprir o plano conforme estabelecido inicialmente, restará apenas a decretação de sua falência, não havendo possibilidade de apresentar novo plano, ainda que esse possa vir a ser cumprido integralmente.

2.2.2 Princípio da Viabilidade da Empresa

O princípio da viabilidade da empresa aparece na legislação concursal para verificar se a atividade deve ser preservada ou não, ou seja, apresenta os limites para que ela disponha do socorro legal previsto para a recuperação. Entende Santos (2008, p. 30) que “verificando-se que a empresa, por maiores que sejam as benesses concedidas, não retorna aos fatores de produção, emprego, atividade e, conseqüentemente, função social, tem-se por bem decretar a sua quebra”. A legislação concursal faz ampla distinção entre empresas viáveis e aquelas consideradas inviáveis. Para as primeiras, estabelece a chamada recuperação judicial ou extrajudicial. Para aquelas que não possuem qualquer condição de soerguimento e permanência no mercado, a legislação estabelece a falência .

Fazzio Júnior (2010, p. 16) afirma que a viabilidade da atividade é aferida por fatores endógenos e exógenos. Entre os primeiros, cita-se o “ativo e passivo, faturamento anual, nível de endividamento, tempo de constituição e outras características da empresa” e entre os exógenos a “relevância socioeconômica da atividade”. Ainda no entendimento deste autor (2010, p. 128) esse rol não é enumerativo, onde cada elemento deva ser analisado isoladamente, ao contrário, eles devem estar integrados. “Por exemplo, de nada adianta demonstrar a

relevância socioeconômica regional da atividade do devedor, se o descompasso entre ativo e passivo, bem como o diminuto faturamento anual, deixam entrever a inviabilidade da empresa”. Ou seja, os elementos empresariais devem ser considerados de forma interligada para se verificar a real viabilidade da empresa.

A principal discussão acerca da aplicação do princípio da viabilidade econômica está relacionada aos custos que um processo recuperatório traz para o devedor, para os credores, mas principalmente para a sociedade.

O juiz José Henrique Neiva de Carvalho e Silva, do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, ao conceder a recuperação judicial para a empresa Barros De Lima Engenharia E Comércio Ltda. – EPP, nos autos de número 0816948-20.2013.8.12.0001, afirmou que não é qualquer empresa que pode se utilizar da recuperação judicial, deve ela ser viável economicamente:

A empresa representa hoje um dos principais pilares da economia moderna, portanto, é ela uma grande fonte de postos de trabalho, de rendas tributárias, de fornecimento de produtos e serviços em geral, além de ser o motor do sistema da livre concorrência, dentre muitas outras funções. Destarte, consubstanciada numa unidade de distribuição de bens e serviços, um ponto de alocação de trabalho e oferta de empregos, integra como elo de uma imensa corrente do mercado cuja falência certamente causara sequelas irrecuperáveis. Assim, a liquidação definitiva de uma empresa que, apesar de acometida de dificuldades financeiras se mostre viável, representa um grande prejuízo para a sociedade, eis que se perdem, principalmente, postos de trabalho e fontes de renda tributária. Note-se que não se trata de preservar a qualquer custo, toda sorte de empresas. Mas sim de lutar pela manutenção daquelas que, apesar do estado de crise, se mostrem viáveis economicamente e, conseqüentemente, capazes de representarem benefícios à coletividade.

Fica claro que a idéia principal é a manutenção da fonte geradora de empregos, rendas e tributos. Todavia, isso só ocorrerá se ela tiver condições de continuar operando, trazendo com isso benefícios à sociedade em que está inserida.

Interessa apresentar conceito trazido na exposição de motivos do Decreto-lei 132 de 23 de abril de 1993, que dispõe sobre o Código de Processo Especial de Recuperação de Empresa e de Falência de Portugal, que afirma:

Os programas de recuperação económica da empresa insolvente não são planos de caridade evangélica aplicados aos que dela dependem, porque não é nessa vertente da vida social que a caridade encontra o seu lugar próprio. Só a real viabilidade económica da empresa em dificuldade pode legitimar, sobretudo numa economia de mercado como a que hoje vigora no espaço comunitário europeu, o cerceamento da reacção legal daqueles cujos direitos foram violados.

Vale ressaltar que o princípio da viabilidade econômica deve, ao lado do

princípio da preservação da empresa, serem amplamente analisados pelo magistrado, antes do deferimento da recuperação judicial ou da homologação da extrajudicial. As atividades empresárias que merecem ser mantidas são aquelas viáveis economicamente, ou seja, que ainda possuam condições de soerguimento e permanência no mercado, precisando apenas de um auxílio para isso, e não de uma “caridade” de acordo com o decreto-lei português. Caso seja necessária uma real caridade, a empresa deve buscar as vias falimentares, no intuito de maximizar os seus ativos e pagar todos os credores que for possível.

2.2.3 Participação Ativa dos Credores e Par Conditio Creditorum

Ao contrário do que ocorria na égide do Decreto-Lei 9.661/1945, a atual legislação se preocupa principalmente com o interesse dos credores e sua participação no processo falimentar e recuperacional.

Pressupõe a lei que participando do processo de recuperação judicial ou extrajudicial, o credor buscaria a defesa dos seus interesses, otimizando os resultados do processo, visando à recuperação total da empresa, e não somente a satisfação de um crédito em particular. São eles os primeiros interessados no desenvolvimento hábil do processo, para que tenham a sua pretensão creditícia efetivamente atendida.

A recuperação de empresas existe para que os credores tenham os seus direitos satisfeitos da melhor forma possível, já que na falência, muitos deles correm o risco de não terem seus créditos adimplidos. Em razão disso, os credores devem ser os principais preocupados na condução regular do processo, no intuito de protegerem os seus créditos e otimizarem os resultados.

Essa participação ativa dos credores já havia sido estabelecida no Parecer nº 546/2004, de relatoria do Senador Ramez Tebet, no intuito de reduzir a possibilidade de fraude no uso dos recursos, já que estariam diligentemente trabalhando para a defesa de seus próprio interesses:

Participação ativa dos credores: é desejável que os credores participem ativamente dos processos de falência e de recuperação, a fim de que, diligenciando para a defesa de seus interesses, em especial o recebimento de seu crédito, otimizem os resultados obtidos com o processo, com redução da possibilidade de fraude ou malversação dos recursos da empresa ou da massa falida.

Há relevante interesse dos credores em participar do processo de recuperação judicial, com a formação da maioria para aprovação do plano apresentado pela empresa na assembléia de credores e na organização do comitê de credores representativo das classes creditícias, que será muito útil quando da aplicação do princípio do par conditio creditorum. Já na recuperação extrajudicial, os credores mais importantes são chamados para a organização do plano, excluindo-se os trabalhistas, tributários e decorrentes de acidente de trabalho.

Na recuperação judicial inúmeras são as previsões legais acerca da participação ativa dos credores, podendo-se citar: a) a aprovação do plano, já que este depende de chancela dos credores, hipótese em que havendo objeção de qualquer deles, a Assembléia Geral de Credores (AGC) deverá ser convocada, conforme arts. 55 e 56 da Lei Concursal; b) A desistência do pedido de recuperação por parte do devedor, desde que tenha sido deferido o seu processamento pelo juízo competente, somente poderá ocorrer mediante prévia aprovação pela AGC, de acordo com o estatuído no art. 35, inciso I, alínea “d” em consonância com o art. 52, §4º, ambos da Lei 11.101/2005; c) Nos termos do art. 73, inciso III, o plano de recuperação, sendo rejeitado pela Assembléia implica em convocação da recuperação judicial em falência, com a ressalva da previsão do art. 58, §1º, que estabelece requisitos para que a recuperação judicial seja concedida mesmo quando o plano não for aprovado.

No que diz respeito à recuperação extrajudicial, a participação dos credores é ainda mais fundamental, já que a participação é facultativa, conforme art. 162 da LREF. Na hipótese em que os credores não queiram participar, a recuperação extrajudicial se torna inviável. Além dessa participação na elaboração do plano, o mesmo poderá ser impugnado judicialmente, conforme estabelecido pelo art. 164. Nesta hipótese, diferentemente da recuperação judicial, não haverá decretação da falência do devedor caso a impugnação venha a ser julgada procedente.

Fazzio Júnior (2010, p. 17) entende que o processo recuperatório existe em função dos interesses dos credores:

O regime de insolvência, desde suas origens, retrata a preocupação do legislador com a sorte dos que titulam haveres contra o empresário em crise. Pode ser dito que, desde sua origem, é uma postura jurídica estabelecida, essencialmente, para atender aos direitos dos credores. Estes predominam e, no mínimo, constituem o estopim para a deflagração processual da conjuntura universal de insolvência.

A despeito da atual legislação se preocupar precipuamente com a manutenção da fonte geradora de emprego, rendas e tributos, ela também se preocupa em realizar o pagamento dos credores, titulares de haveres, de forma igualitária e célere. Ou seja, não há um pronto pagamento dos haveres do devedor em relação a determinado credor, ao contrário, estabelece a lei um concurso de credores, também chamada de execução coletiva ou *par conditio creditorum*.

Coelho (2012, p. 262) entende que o princípio do *par conditio creditorum* foi estabelecido pelo direito falimentar em razão da inexistência de recursos para “honrar a totalidade” das obrigações do falido, privilegiando-se alguns credores mais necessitados, entre eles o crédito trabalhista, em detrimento de outros. Ainda sob a ótica desse princípio, quando os credores dispõem de créditos de mesma natureza, não havendo possibilidade de pagamento de forma integral de todos os credores, deverá ser feito rateio proporcional entre eles.

Sanches (1998, p. 523) afirma que se o devedor não tiver patrimônio suficiente para satisfazer os credores, em sua totalidade, deverá se estabelecer um princípio de equidade “ao estímulo individual ou egoísta, próprio do sistema de execuções isoladas”, onde há substituição do “esquema do acaso ou favor” pelo de “perdas comunitárias e pelo tratamento paritário de todos os credores”.⁵

A existência desse princípio decorre do juízo universal da falência, estabelecido pelo art. 76 da Lei nº 11.101/2005 que estatui “o juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido”, excetuando-se as causas trabalhistas, fiscais e as que o devedor seja autor ou litisconsorte ativo. Tal previsão também ocorre para a recuperação judicial nos dizeres de Bertoldi e Ribeiro (2006, p. 462):

O juízo universal da recuperação judicial está vinculado aos princípios da universalidade e da unidade. Uma vez concedida, será aberto um leque de procedimentos que estarão sujeitos a uma direção única. O princípio da unidade tem por finalidade a eficiência do processo, evitar repetições de atos e contradições. Seria inviável mais de uma recuperação, por isso a exigência da lei de um único processo para o mesmo devedor. O princípio da universalidade está na previsão de um só juízo para todas as medidas judiciais, todos os atos relativos ao devedor empresário. Todas as ações e processos estarão na competência do juízo da recuperação (...)

⁵ “Al estímulo individual o egoísta, próprio Del sistema de las ejecuciones aisladas, se pone un principio de equidad; El régimen Del azar o Del favor debe sustituirse por El de comunidad de perdidas y El tratamiento paritário de todos los acreedores, cuando El patrimonio Del deudor no basta para satisfacer a todos ellos integrante em sus créditos.”

A recuperação judicial será processada perante um único juízo, buscando evitar que um ou outro credor seja beneficiado em detrimento dos demais. Pelo princípio do par conditio creditorum não há vantagem em que um dos credores, de forma isolada, aja antecipadamente no intuito de penhorar bens do patrimônio do devedor comum, isso porque, ao instalar-se a execução concursal, com pagamento dos créditos de forma igualitária, dentro de cada classe de credores, o seu crédito seria satisfeito na execução coletiva, e não na execução promovida apenas por ele.

Visando efetivar a recuperação das Sociedades em Comum, tal qual ocorre com as demais espécies societárias, os credores deverão ter participação ativa quando da formulação do plano de recuperação e na formação do comitê de credores, hipótese em que serão eles divididos em classes para que tenham o efetivo pagamento de seus créditos.

2.2.4 A Proteção dos Trabalhadores

Ao lado do princípio da preservação da empresa, da manutenção dos interesses dos credores, com sua participação ativa, o princípio da proteção dos trabalhadores vem a ser um dos fundamentos da recuperação judicial.

Para Pipolo e Azevedo (2005, p. 125) “esse princípio pode ser visualizado no esforço do legislador em procurar garantir o emprego dos trabalhadores, através da previsão de mecanismos próprios de continuidade do negócio”. Entendem ainda que este princípio decorre diretamente dos princípios da preservação e recuperação da empresa.

A proteção dos trabalhadores visa, além da recuperação da empresa, evitar os malefícios que o desemprego em massa pode ocasionar para a sociedade, já que a atividade empresária deve cumprir com a sua função social. Nesse diapasão, Santos (2008, p. 19-20) entende que “A ruína de uma empresa leva consigo os postos de trabalho, que tem por conseqüência a descapitalização da população, a redução do poder de compra e a quebra de outras empresas”, o que por si só é argumento bastante suficiente para que sejam protegidos os trabalhadores na esfera concursal.

Essa é a primeira visão do princípio da proteção dos trabalhadores, com um olhar mais implícito, visa evitar o desemprego em massa, trazendo prejuízos à toda a coletividade. Contudo, a Lei 11.101/2005 estabelece uma outra visão ao princípio,

sendo esta mais evidente e explícita do que a primeira: trata-se da preferência no recebimento dos créditos trabalhistas quando há decretação da falência, ou concessão da recuperação judicial, é o que pretende se analisar a seguir.

Os créditos trabalhistas são separados em duas categorias: extraconcursais e concursais. Na primeira hipótese estão os créditos derivados da legislação de trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho que tenham sido constituídos, ou seja, aqueles decorrentes de serviços prestados, após a decretação da falência ou da concessão da recuperação judicial. Esses créditos específicos não concorrem com os demais créditos para a formação do regime concursal, ao contrário, possuem preferência.

A idéia central é que a atividade econômica seja preservada e que os trabalhadores se mantenham operantes, certos de que receberão os seus créditos antes do pagamento dos demais credores. Dessa forma, é possível à atividade a sua manutenção no mercado e geração de renda, posto que sem os trabalhadores a atividade certamente teria sua falência decretada.

Dentro do princípio do *par conditio creditorum*, ou seja, entre os credores concursais, existe uma separação por classes classes, para que estes venham a receber conforme as suas preferências e, dentro de cada classe tenham recebimentos equitativos.

Os créditos trabalhistas limitados a 150 salários-mínimos por credor e os decorrentes de acidente de trabalho, conforme art. 83, inciso I, da Lei 11.101/2005, serão os primeiros no quadro geral de credores. O valor superior ao limite estabelecido será enquadrado na categoria de crédito quirografário, de acordo com o art. 83, inciso VI, alínea “c”: “VI – Créditos Quirografários a saber: [...] c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do *caput* deste artigo;”. Trata-se dos créditos concursais, ou seja, que concorrem com os demais na preferência para o recebimento. O concurso de credores estabelece-se tanto na falência, quanto na recuperação.

Na falência, tão logo o devedor tenha dinheiro disponível em caixa, deverá pagar os créditos trabalhistas de natureza salarial, vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência, limitados 5 (cinco) salários mínimos.

Na recuperação judicial, há limitação de prazo para pagamento dos credores trabalhistas e decorrentes de acidente de trabalho. Prescreve o art. 54 da Lei de Recuperação o prazo de 1 (um) ano para pagamento dos créditos vencidos até a

data do pedido de recuperação. Por não haver limitação no *caput* do artigo quanto a quais créditos seriam abrangidos, entende-se que são os de natureza salarial e também os de natureza indenizatória, conforme Almeida (2007, p. 2).

Outro privilégio do crédito trabalhista, que visa efetivar o princípio da proteção do trabalhador está no art. 6º, §1º, que não prevê suspensão das ações trabalhistas pelo prazo de 180 dias com o deferimento da recuperação judicial e também as demais ações em que o devedor esteja no pólo passivo, isto porque o crédito trabalhista somente será líquido, certo e exigível perante o juízo da recuperação quando houver sentença fixando o valor devido da condenação.

Por previsão do art. 6, §3º, o juiz trabalhista poderá determinar que se promova reserva de importância, em valor que ele considerar devido na recuperação judicial e na falência, enquanto o processo trabalhista ainda está tramitando. Tão logo o crédito seja considerado líquido, o crédito trabalhista é habilitado no quadro geral de credores, em sua classe pertinente para recebimento do valor determinado na sentença, conforme §2º do mesmo artigo.

Vale ressaltar que a legislação processual trabalhista (CLT), em seu art. 768 estabelece preferência para os dissídios cuja sentença deverá ser executada perante o juízo falimentar, não importando a fase em que se encontre, sendo esta mais uma efetivação do princípio da proteção do trabalhador.

No que diz respeito à recuperação extrajudicial, existem posicionamentos conflitantes quanto ao tema: i) Coelho (2012, p. 462) afirma pela impossibilidade de negociação com os credores trabalhistas, esse entendimento também é acompanhado por Scalzilli et. al. (2012, *on line*); ii) Bezerra Filho (2007, p. 360) entende que essa negociação é possível na recuperação extrajudicial, conforme explanado abaixo:

Coelho (2012, p. 462) afirma que por força do previsto no art. 161, §1º da Lei 11.101/2005, a recuperação extrajudicial não comporta os créditos trabalhistas, *retro*:

Alguns dos credores estão preservados da recuperação extrajudicial, mesmo a homologada judicialmente. A recuperação extrajudicial não altera minimamente os direitos dessas categorias de credores. São, por isso, sujeitos de direito que não podem renegociar os créditos que detêm perante sociedade empresária por meio do expediente da recuperação extrajudicial. A renegociação só pode fazer-se por regras próprias da disciplina legal do crédito em questão ou, quando inexistentes, pelas do direito das obrigações.

Os credores preservados da recuperação extrajudicial são:

a) Credores trabalhistas. Tanto os créditos derivados da relação empregatícia como os de acidente de trabalho não podem ser alterados por meio de recuperação extrajudicial. Salários, férias e indenizações por rescisão do contrato de trabalho, bem assim as perdas e danos e outros consectários devidos ao acidentado, não podem ser considerados no plano de recuperação extrajudicial.

Concorda com Coelho, Scalzilli et. al. (2012, *on line*) para quem essa negociação extrajudicial pode causar prejuízos aos trabalhadores “possivelmente em razão da dificuldade de coordenação de tais credores, da extrema necessidade que pode gerar o inadimplemento do crédito destinado ao sustento do empregado e de sua família e de outras peculiaridades envolvendo esse tipo de crédito”. Para os autores acima analisados, a recuperação extrajudicial traria prejuízo para os trabalhadores, por isso será sempre necessária a intervenção do Judiciário por meio da recuperação judicial.

Por outro lado, Bezerra Filho (2007, p. 360) afirma que existe a possibilidade de se propor a recuperação extrajudicial para os credores trabalhistas, todavia, caso eles não aceitem, não estariam diante da “inclusão obrigatória” prevista pelo art. 163 da legislação concursal. Desse modo, tanto na possibilidade, quanto na impossibilidade de negociação dos credores trabalhistas, o certo é que o crédito trabalhista também é protegido na esfera da recuperação extrajudicial, hipótese em que os trabalhadores, por conseguinte, também serão protegidos.

3 A SOCIEDADE EM COMUM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A intervenção estatal sobre o domínio econômico por meio normativo, conforme previsão do art. 174 da Constituição Federal, possibilitou a inserção da chamada Sociedade em Comum no ordenamento jurídico brasileiro, a partir do Código Civil de 2002. Em período anterior, referente ao Código Comercial de 1850 e Código Civil de 1916, apesar de pouco disciplinada, as sociedades de fato e irregulares eram amplamente discutidas pelos doutrinadores brasileiros.

Este capítulo pretende apresentar a figura da Sociedade em Comum a partir do Código Comercial de 1850, passando pelo Código Civil de 1916 e 2002, para refletir: i) sobre a aplicação da personalidade jurídica e capacidade negocial ante as obrigações que lhe são impostas em virtude de leis nas esferas tributária, trabalhista, consumerista e concorrencial; ii) analisar a natureza jurídica do registro público, ato considerado obrigatório para o reconhecimento da atividade empresária regular; iii) analisar a liberdade de contratação.

3.1 AS SOCIEDADES DE FATO E IRREGULARES NO CÓDIGO COMERCIAL DE 1850 E NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

No Código Comercial de 1850 e no Código Civil de 1916, o Estado não se preocupou com a regulação das sociedades que não possuíam o registro de seus atos constitutivos, ficando a cargo da doutrina a diferenciação quanto às sociedades de fato e as irregulares. As primeiras eram consideradas aquelas que não possuíam contrato escrito, enquanto as segundas possuíam o contrato, porém sem registro no órgão responsável. Cabia também à doutrina a análise dos efeitos e repercussões de tais sociedades na seara empresarial.

Ferreira (1960, p. 179) apresenta as duas modalidades da seguinte forma: i) nas sociedades de fato havia ajuste verbal entre os sócios quanto às cláusulas pelas quais seriam regidas a sociedade, o objeto de exploração, a participação de cada um dos sócios, o montante empregado na atividade e a administração; ii) Por outro lado, quando o contrato era apresentado por escrito, porém, por qualquer motivo não era arquivado no registro competente, a sociedade era considerada irregular por não cumprir com os preceitos legais. Apesar da distinção, o autor conclui que na prática “mal se distingue a sociedade de fato e a irregular”. Essa distinção também é feita

por Mendonça (1963, p. 130).

A discussão sobre as sociedades sem registro não parava apenas na conceituação, alcançava os efeitos jurídicos dessa situação, principalmente no que dizia respeito à existência ou não de personalidade jurídica para essas sociedades, logo, se podem ou não serem consideradas pessoas jurídicas, reconhecimento do contrato entre os sócios e perante terceiros, a prova de sua existência e o direito de ação em cada situação específica.

Para delinear tal situação, parte-se do pressuposto de que o Código Comercial não cuidou de disciplinar a existência ou não da personalidade jurídica para as sociedades irregulares ou de fato, mas estava focado em exprimir a prova de sua existência e o direito de ação dos sócios e dos terceiros.

Em seu art. 301 trazia a invalidade do contrato entre os sócios e imposição contra terceiros, razão pela qual não se permitia ações fundadas na existência de sociedade, conforme art. 303, se não fosse acompanhada de instrumento hábil a comprovar a existência da sociedade. Todavia, o art. 304 permitia que terceiros intentassem ações contra a Sociedade em Comum (termo utilizado já no Código Comercial) independente de apresentação de instrumento comprobatório.

O Código Civil de 1916 inovou ao introduzir as sociedades mercantis entre as pessoas jurídicas de Direito privado, em seu art. 16, inciso II, mas o regramento especial das sociedades comerciais continuava regido pelo Código Comercial, conforme estabelecido no §2º do mesmo artigo. No art. 18 do Código Civil de 1916 havia previsão sobre a obrigatoriedade do registro para se reconhecer a pessoa jurídica: “começa a existência legal das pessoas jurídicas de Direito privado com a inscrição dos seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos no seu registro peculiar, regulado por lei especial, ou com a autorização ou aprovação do Governo, quando precisa”, semelhante ao que existe hoje no art. 967 do CC/2002.

Para Borges (1969, p. 283) as sociedades a que se refere o art. 18, dizem respeito às sociedades civis, conforme previsto no art. 16, §1º, as sociedades civis, mencionadas no inciso I, somente poderão se constituir por escrito, quanto às sociedades comerciais pode-se achar fundamentos para a existência ou não da personalidade jurídica no Código Comercial, responsável por sua regulamentação.

Ferreira (1960, p.171-172) sustenta a tese de que os contratos de sociedades comerciais não registrados, seja por não existir contrato escrito ou apenas pela falta de arquivamento, não são considerados públicos, logo são nulos,

apoiando seu entendimento na obra de Levy-Bruhl, “não a declarou nula, expressamente, o Código Comercial. Nem a uma. Nem a outra. Lançou todavia, no art. 300, a regra fundamental de que o contrato de qualquer sociedade só pode se provar por escritura pública ou particular”. Nessa situação, registro e publicidade eram condições para que a sociedade fosse considerada negócio economicamente organizado, ou seja, sociedade empresária, ou mercantil, nos termos do Código. E não existindo, não há que se falar em personalidade jurídica.

Por outro lado, Carvalho de Mendonça (1963, p. 131) entende que as sociedades existem e funcionam durante certo lapso temporal, todavia, sem o cumprimento das solenidades legais para sua publicidade, porém, com personalidade jurídica existente, posto que esta advinha da “capacidade para ter direitos patrimoniais”. Fundamenta seu entendimento no art. 305 do Código Comercial de 1850, que presumia a existência de sociedade nas hipóteses determinadas, *retro*:

Art. 305 - Presume-se que existe ou existiu sociedade, sempre que alguém exercita atos próprios de sociedade, e que regularmente se não costumam praticar sem a qualidade social.

Desta natureza são especialmente:

- 1 - Negociação promíscua e comum.
- 2 - Aquisição, alheação, permutação, ou pagamento comum.
- 3 - Se um dos associados se confessa sócio, e os outros o não contradizem por uma forma pública.
- 4 - Se duas ou mais pessoas propõem um administrador ou gerente comum.
- 5 - A dissolução da associação como sociedade.
- 6 - O emprego do pronome nós ou nosso nas cartas de correspondência, livros, fatura, contas e mais papéis comerciais.
- 7 - O fato de receber ou responder cartas endereçadas ao nome ou firma social.
- 8 - O uso de marca comum nas fazendas ou volumes.
- 9 - O uso de nome com a adição - e companhia.

A responsabilidade dos sócios ocultos é pessoal e solidária, como se fossem sócios ostensivos (artigo nº. 316).

Nessas hipóteses, segundo Mendonça (1963, p. 131) as sociedades eram existentes e por serem detentores da capacidade de possuírem direitos patrimoniais, possuíam personalidade jurídica, logo eram consideradas atividades empresárias, tal qual a Sociedade Tácita estabelecida pelo Código Comercial Português de 1833. O parágrafo único do art. 305 previa a responsabilização dos sócios ocultos como se fossem sócios ostensivos, ou seja, como se diretamente eles realizassem a atividade empresária, visando confirmar a existência de uma sociedade.

Ramos (1940, p. 416) entende que existem argumentos importantes para considerar pessoas jurídicas as sociedades mercantis irregulares.

A despeito das opiniões divergentes, ao abordar o tema das sociedades irregulares e de fatos, importante analisar aqui se tais sociedades podem ser consideradas pessoas jurídicas, logo, portadoras de personalidade jurídica, com consequentes direitos e deveres independentemente de possuírem ou não contrato social registrado.

Inúmeros doutrinadores, entre eles Ihering e Savigny, apresentam argumentos favoráveis para considerar pessoas jurídicas as sociedades consideradas irregulares. Ramos (1940, p. 416-417) recorrendo aos autores mencionados, afirma que a origem ou existência da pessoa moral está relacionada à existência de reunião de várias pessoas, agrupando-se e subordinando-se determinados bens, com um fim específico.

Giorgi, citado por Mendonça (1963, p. 78) entende que “a pessoa jurídica é a unidade jurídica, resultante da associação humana, constituída para obter, pelos meios patrimoniais, um ou mais fins”, hipótese em que é “distinta dos indivíduos singulares e dotada de capacidade de possuir e de exercer *adversus omnes* direitos patrimoniais”. Para os autores, a configuração da pessoa jurídica está relacionada a conciliação da vontade de duas ou mais pessoas com a destinação de um patrimônio específico, buscando um fim determinado, que no caso das atividades empresárias, está relacionada a produção e circulação de bens e serviços, com o intuito de gerar lucro.

Ramos (1940, p. 417) ao citar Siburú, afirma que “A Sociedade Mercantil, desprovida das formalidades legais, embora não protegida pela lei, funciona como pessoa jurídica, exercitando, de fato, essa personalidade”. Ao afirmar sobre a não proteção legal, ele está justamente falando acerca do objeto deste estudo, posto que a recuperação judicial é uma direito estabelecido para os empresários e sociedades empresárias e não para as sociedades regularmente constituídas.

Mendonça (1963, p. 85) apresenta a existência das relações com terceiros e os próprios sócios entre os requisitos para o reconhecimento da personalidade jurídica das sociedades empresárias. Nesse contexto, no Direito Fiscal são considerados contribuintes, podem apresentar queixa-crime na defesa de seus direitos patrimoniais, além de poderem, judicialmente, solucionar conflitos existentes entre os sócios, principalmente quanto à extinção de Sociedade em Comum e a

divisão dos bens sociais.

Em síntese, o Código Comercial de 1850, tampouco o Código Civil de 1916, afirmam que as sociedades de fato ou irregulares são nulas, pela omissão do registro do ato constitutivo das sociedades, de acordo com o dito por Ferreira (1960, p.171-172),. Ao contrário, conforme art. 693, do Decreto 737, de 25 de novembro de 1850, que determina a ordem do Juízo no Processo Comercial, “A falta de registro, salvos os casos expressos no Código, não importa a nulidade do instrumento, mas somente a sanção especial que o Código estabelece nos casos em que o exige.”

Mendonça (1963, p. 89-90) assevera que as sociedades irregulares enfrentaram problemas no que diz respeito à organização e à vida em razão das sanções especiais estabelecidas por lei. Mas, ainda assim, foram reconhecidas e de acordo com o Código Comercial, a elas foram conferidas capacidade patrimonial e representação em juízo, de acordo com os arts. 303, 304 e 305,. São consideradas comerciantes e, portanto, sujeitas à falência, conforme Lei nº 2.024/1908, no seu art. 8 “c”, e, por fim, possuem patrimônio próprio, com o intuito de evitar a confusão com o patrimônio pessoal dos sócios, de acordo com o art. 132, da Lei 2.024. Entende ainda que “os credores particulares de casa sócio nada têm que ver com este patrimônio especial, nem podem ilidir ou prejudicar os direitos dos credores sociais [...], isso é o que demonstra a destinação do patrimônio afeto da Sociedade em Comum para o desempenho da atividade empresária e não para os credores dos sócios.

Na vigência do Código de 1916 e da antiga Lei de Falências e Concordatas (Dec.-Lei nº 7661/1945) havia discussão acerca da possibilidade de se requerer concordata, posto que a lei obrigava as sociedades irregulares ou de fato a declarar, de forma espontânea, a sua falência desde que na falta de pagamento de dívida mercantil, facultando aos credores essa possibilidade. Todavia, quando se falava em concordata, vedava expressamente no art. 140, inciso I, do Decreto-lei. Constava no texto legal que o registro era condição indiscutível para a concessão do título de comerciante ou sociedade mercantil.

Conforme exposto, para diversas situações importantes a sociedade irregular era considerada entidade suscetível de direitos e obrigações. De que maneira poderia então haver negativa quanto à sua personalidade jurídica?

De acordo com doutrinadores da época, para que a sociedade mercantil fosse considerada pessoa jurídica, passível de recorrer aos direitos, bastava a

junção de um patrimônio afeto à atividade, por duas ou mais pessoas, com o fim único de explorar atividade mercantil. A personalidade jurídica advinha da autonomia patrimonial, que a Sociedade em Comum dispunha, ou seja, capacidade para ter direitos patrimoniais, em conjugação com os demais direitos e obrigações.

Esse também era o entendimento da jurisprudência dominante na época, conforme citadas por Alves (1982, p. 23-24), abaixo:

RT 181/370, ementa: Sociedades de fato – sua qualidade de pessoa jurídica com personalidade distinta de seus membros componentes [...] As sociedades irregulares são pessoas jurídicas, com personalidade distinta da de seus membros, não lhes sendo defeso possuírem patrimônio próprio.

RT 187/247, ementa: As sociedades irregulares ou de fato, ou seja, aquelas que não preencheram as formalidades legais de constituição, registro e publicidade, verdadeiras pessoas jurídicas que são, podem demandar e ser demandadas.

RF 140/279, ementa: A sociedade irregular tem personalidade jurídica, podendo, assim, ser acionada por terceiros, sem necessidade de citação de todos os sócios individualmente. [...] Não é possível negar a personalidade jurídica das sociedades irregulares.

RF 172/347, ementa: A sociedade cujo contrato não é levado a registro é sociedade irregular, mas tem personalidade jurídica.

O entendimento majoritário ratifica a discussão aqui estabelecida, ou seja, as Sociedades em Comum, possuem personalidade jurídica própria e podem ser consideradas verdadeiras sociedades mercantis, nos moldes estabelecidos pelo art. 1363 do Código Civil de 1916 “celebram sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos para lograr fins comuns”, no caso o fim destinado é o exercício de atividades comerciais.

Insta salientar que o Código Civil não aborda a questão da personalidade jurídica das sociedades irregulares mercantis, mas apenas das sociedades civis. Tendo por base a legislação comercial, tais sociedades são consideradas pessoas jurídicas, às quais a lei impôs diversas sanções e restrições, com o intuito único de forçá-las à regularização.

Situação muito semelhante ao que estabelece o Código Civil de 2002, que será abordado a seguir.

3.2 NATUREZA JURÍDICA DA SOCIEDADE EM COMUM NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002, utilizando-se da expressão já trazida no Código

Comercial de 1850, optou por denominar as sociedades que não possuem seus atos constitutivos registrados no órgão competente de Sociedades em Comum. Não se trata, portanto, de nova espécie societária, mas apenas de nova denominação, conforme enunciado nº 58 da Jornada de Direito Civil “art. 986 e seguintes: a Sociedade em Comum compreende as figuras doutrinárias da sociedade de fato e da irregular”.

Fiuzza (2004, p. 909) ao comentar sobre o art. 986 do Código Civil (CC), traz conceito de Sociedade em Comum:

A Sociedade em Comum é um tipo de sociedade não personificada, constituída de fato por sócios para o exercício de atividade empresarial ou produtiva, com repartição de resultados, mas cujo ato constitutivo não foi levado para inscrição ou arquivamento perante o registro competente.

No atual regramento, as Sociedades em Comum abrangem as sociedades que no mundo fático reúnem os requisitos de atividade econômica, além daquelas que possuem contrato escrito, mas que ainda não realizaram o registro de seus atos constitutivos junto ao órgão competente, que no Brasil são as Juntas Comerciais ou Registro Público de Empresas Mercantis.

Essas sociedades, normalmente dispõem de faturamento baixo e podem ser enquadradas entre as micro, pequenas empresas ou empreendimentos econômicos solidários.

As Sociedades em Comum estão previstas no Código Civil de 2002 nos arts. 986 a 990, utilizando-se, subsidiariamente, as normas congruentes e compatíveis das Sociedades Simples, estabelecidas pelos arts. 997 a 1000, para sua regulamentação.

Em seu art. 986, o Código Civil estabelece o conceito de Sociedade em Comum: “Enquanto não inscritos os atos constitutivos, reger-se-á a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples”.

Impõe o texto do Código Civil que é imprescindível o arquivamento do contrato social no registro próprio e que, enquanto não o fizer, a sociedade deixa de adquirir personalidade jurídica própria, conforme previsto em seu art. 45, “começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou

aprovação do Poder Executivo [...]”.

A principal discussão existente nesse quesito diz respeito ao termo empregado para configurar essa espécie societária. Estaríamos diante de uma atividade empresária irregular ou apenas informal?

Martins (1998, p. 237) posiciona-se no sentido de que a sociedade será irregular, quando:

se organiza legalmente, arquivando seus atos constitutivos no Registro do Comércio mas, posteriormente, pratica atos que desnaturam o tipo social (por exemplo: uma sociedade em comandita simples por prazo determinado ultrapassa esse prazo sem renovar o contrato social; continua a sociedade a funcionar irregularmente, perdendo, os sócios comanditários, esse benefício, tornando-se ilimitadamente responsáveis); ou que funciona sem cumprir as obrigações impostas por lei (não possui livros obrigatórios, não levanta o balanço anual).

A Sociedade em Comum, ao ser constituída visando a exploração de atividade empresarial lícita, não pode ser considerada irregular, mas informal, por não preencher uma forma estabelecida em lei, que é o registro do contrato social. Somente seria considerada irregular se os seus sócios praticassem atos que pudessem comprometer a espécie societária escolhida, por exemplo, a exploração de objeto ilícito.

Corroborando com esse entendimento Lanza Neto (2008, p. 6777) para quem a regularidade da Sociedade em Comum relaciona-se com os atos praticados por ela em consonância com a legislação e não a forma pela qual veio a ser constituída:

A irregularidade da Sociedade em Comum não é verificada pela ausência de arquivamento de eventual Contrato Social junto ao Registro Público de Empresas Mercantis (art. 985 do CC) ou mediante contrato escrito, particular ou público devidamente inscrito no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (no caso da Sociedade Simples – artigos 997 e 998 do CC). [...] Ou seja, sendo as atividades empresariais da Sociedade em Comum desenvolvidas em conformidade com a lei, é considerada como regular.

A Sociedade em Comum, tendo seu objeto de exploração lícito, mantendo anotações contábeis de suas atividades, de acordo com a solicitação legal, não pode ser considerada irregular, mas apenas informal, posto que sua atividade está ligada ao desenvolvimento do mercado.

É importante analisar a inclusão da Sociedade em Comum entre as espécies societárias. No anteprojeto do Código Civil, o Prof. Sylvio Marcondes, citado por Lopes (1974, p. 38) demonstra a nova preocupação estabelecida pela lei “o anteprojeto considera a sociedade, na fase antecedente à personificação, não como

um produto bastardo que, denominado sociedade de fato, a lei atual manda viver nos quadros do direito comum, mas perfilhando-se à linhagem societária”. A linhagem societária é confirmada pelo patrimônio especial afeto à atividade empresária e que com o desenvolver da atividade e dos negócios sociais é o “complexo das relações jurídicas que a atividade social tenha produzido e, por isso mesmo, relações societárias, quer entre os sócios, quer destes com terceiros”, conforme Sylvio Marcondes, citado por Lopes (1974, p. 39).

Bitti (2008, p. 28) critica esse posicionamento, pois entende que o Código Civil não manteve esse pensamento congruente, ao contrário, trata as Sociedades em Comum de maneira diferente das sociedades consideradas regularizadas:

A condição pré-regular, que por si, só deveria ser atrativa à proximidade dessa condição de regularidade, trazendo o ente societário em formação para dentro dos limites do tolerável diante da falada ótica intervencionista do Estado sobre a economia, sofre violento tratamento divergente pelo diploma material.

Na tradição do ordenamento jurídico brasileiro, as sociedades possuem personalidade jurídica própria, que é adquirida com o registro de seus atos Constitutivos, conforme previsão do art. 45 do CC/2002. A exceção diz respeito à Sociedade em Comum, aqui abordada, que segundo o que o Código estabelece, não possui personalidade jurídica, situação em que a crítica de Bitti (2008) é interessante, pois há incoerência do Código ao considerá-la da linhagem societária, porém, atrelando esta condição ao registro.

Porém, não é o que se defende aqui. É possível a existência de uma sociedade, antes mesmo do registro de seu ato constitutivo, pois conforme previsão do art. 981 do Código Civil, a caracterização da sociedade empresária está relacionada ao acordo de vontades entre as partes, com a contribuição de bens ou serviços para o exercício da atividade econômica e consequente partilha dos resultados entre si. Assim já se posicionou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais no Agravo de Instrumento n. 1.0024.05.812057-7/001, de relatoria do Des. Fernando Bráulio: “não é a forma em que constitui a sociedade que a torna empresária ou sociedade simples, mas a atividade, se é a do empresário, fatalmente a sociedade é empresária, se não é do empresário, ou seja as atividades previstas no parágrafo único do art. 966, a sociedade é simples”. E continua “é empresário, o indivíduo que se dedica à atividade econômica organizada e é sociedade quem se une a outros

por contrato para se dedicar à atividade econômica e à partilha dos resultados”.

O Código considera a Sociedade em Comum uma etapa preliminar, esperando que ela assuma uma das formas societárias estabelecidas, a partir do seu registro. Esse também é o entendimento de Féres (2005, p. 3) “tais contornos epistemológicos acarretam a conclusão de que a Sociedade em Comum, que veio de ser regulada pelo Código Civil de 2002, é o regime jurídico das sociedades contratuais em organização”. Pensamento que não pode ser considerado correto, já que a sociedade pode optar por não vir a se registrar e da mesma forma continuar sendo sociedade empresária.

O art. 982 do Código Civil prevê que “salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício da atividade própria de empresário sujeita a registro; e simples as demais”. O Des. Fernando Bráulio, ainda no AI nº 1.0025.05.812057-7/001 é claro ao afirmar que “uma sociedade que se dedica às atividades do empresário (art. 966 do C. Civil), isto é, se dedica a uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, é uma sociedade empresária”.

Para Gonçalves Neto (2008, p. 137) antes mesmo do registro dos atos constitutivos, “já há sociedade e o direito precisa definir seus contornos e os efeitos que daí decorrem”. Importante analisar a primeira observação feita pelo legislador do Código Civil de 2002 para a Sociedade em Comum, a prova de sua existência, entre os sócios, além de terceiros com a sociedade. Prevê o art. 987 que “os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade, mas os terceiros podem prová-la de qualquer modo”.

Havendo documento hábil que comprove a sociedade entre duas ou mais pessoas, este poderá ser utilizado, ainda que não revestido das formalidades de um contrato social, no intuito de provar a existência de relações societárias entre si e com terceiros que com a sociedade contrataram.

Gonçalves Neto (2008, p. 139) assevera que existem, nessa situação, duas espécies de Sociedade em Comum, as primeiras que “permitem que se prove sua existência para revelar as relações jurídicas que mantém entre si e perante terceiros” e as segundas que seriam as que “não permitem essa prova, impedindo a eficácia de qualquer dessas relações jurídicas, ainda que, concretamente, possam existir”. O principal motivo para essa distinção está na circunstância de os sócios terem ou não possibilidade de invocar as relações jurídicas entre si e com terceiros.

Nas relações que a sociedade mantém com terceiros, a prova pode ser feita por qualquer meio em direito admitido.

Já no que diz respeito aos sócios, para Gonçalves Neto (2008, p. 140) as ações que “tiverem por fundamento a existência da sociedade” somente poderão servir para instrumento probatório documento escrito, logo, as sociedades de fato, que não permitem essa prova, não podem ser comprovadas entre os sócios, somente em prejuízo de terceiros.

Questionamento poderia surgir quanto à obrigatoriedade prevista no art 983 do Código Civil de que a sociedade empresária constitua-se segundo um dos tipos regulador nos arts. 1039 a 1092, ou seja, sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade anônima ou sociedade em comandita por ações. Todavia, Sztajn (1989, p. 174) afirma que é possível a formação de sociedade atípica desde que não se editem normas estatutárias que: i) nos novos esquemas negociais tenham força obrigatória das normas jurídicas; ii) obriguem ou restrinjam direitos de terceiros; iii) haja sobreposição do interesse particular sobre o coletivo e; iv) ofendam a função social do contrato e da propriedade, o valor do trabalho, a dignidade da pessoa humana, o consumidor, o meio ambiente, etc.

No caso das Sociedades em Comum, existindo ou não contrato por escrito, busca-se formar uma sociedade para a exploração da atividade econômica, de forma a garantir que mais pessoas tenham trabalho digno, que os consumidores venham a se beneficiar de sua participação na concorrência, ou seja, essa atividade efetiva sua função social ao trazer benefícios para a sociedade na qual está inserida. Assim, poderia assumir a forma típica de Sociedade em Comum, mesmo que o código estabeleça a necessidade de opção por uma das modalidades acima mencionadas.

O Código Civil ainda estabelece a existência de um patrimônio separado, afeto à atividade empresária. Em seu art. 988, estatui que “os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum”.

A demonstração legal da existência de um patrimônio, separado para a própria atividade, expõe o seu caráter societário. Este é um dos atributos decorrentes de personalização. Gonçalves Neto (2008, p. 141) assevera que “se a sociedade não se registra para atuar regularmente, mas, ainda assim, desenvolve atividade econômica, os atributos da personalidade não lhe podem ser

franqueados”. Esse patrimônio não pertence a um dos sócios, ou a cada um de forma individualizada, ao contrário, o patrimônio é destacado do patrimônio dos sócios, constituindo-se um novo patrimônio que será utilizado para o desenvolvimento da atividade, além de ser acrescido dos resultados dali obtidos. O escopo desse patrimônio afeto à atividade é garantir o pagamento das dívidas contraídas pela Sociedade em Comum perante os credores, mais um motivo pelo qual a recuperação judicial não deve ser negada.

O art. 989 do Código Civil traz previsão do pacto limitativo de poder, “os bens sociais respondem pelos atos de gestão praticados por qualquer dos sócios, salvo pacto expresso limitativo de poderes, que somente terá eficácia contra o terceiro que conheça ou deva conhecer”. Esta regra terá eficácia entre os sócios, mas não perante terceiros que não têm conhecimento. Por não haver registro do ato, não há publicidade e o terceiro não tem obrigação de conhecer. Entre os sócios, a cláusula é válida, sendo que aquele que praticou o ato poderá ter que ressarcir aos demais, caso tenha agido com excesso. Vale ressaltar que se o terceiro conhecia a cláusula limitativa de poder, ainda que sem o registro, ela será válida e a sociedade somente responderá por aquilo que a cláusula previa, nada além. Essa previsão legal é mais uma proteção aos credores da Sociedade em Comum. Por não existir um contrato registrado na Junta Comercial, os terceiros interessados em contratar com a sociedade não têm possibilidade de saber qual dos sócios ou quais deles respondem pela gestão da atividade.

Seguindo a regra da aparência, Gonçalves Neto (2008, p. 142) assevera que a lei “considera com poderes de administração qualquer sócio que pratique ato de gestão da sociedade, ainda que não seja administrador ou que, sendo administrador, aja com excesso de poder”. A prova da cláusula limitativa de poder poderá ser feita por qualquer meio em direito admitido, mesmo que seja indício de prova. Por essa previsão legal, a pessoa que seja credora de um dos sócios não tem no patrimônio especial a garantia ao pagamento de seu crédito, uma vez que ele é afeto à sociedade, respondendo apenas pelas dívidas por ela contraídas.

A última previsão do Código Civil quanto à Sociedade em Comum está ligada a responsabilidade dos sócios e ao benefício de ordem, conforme estabelece o art. 990 “todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade”.

A principal novidade em relação à Sociedade em Comum está na previsão do art. 990, que estabelece que os sócios somente respondem com seus bens pessoais, após esgotado todo o patrimônio especial, separado para a atividade. Todavia, aquele que contratou pela Sociedade está excluído desse benefício de ordem, que é aquele previsto no art. 1.024 do Código Civil “os bens particulares do sócio não podem ser executados por dívidas das sociedades, senão depois de executados os bens sociais”.

A responsabilidade dos sócios da Sociedade em Comum vem a ser subsidiária, ou seja, primeiro o patrimônio afeto e, em seguida, o patrimônio pessoal. Enquanto o administrador, ou seja, aquele que contratou em nome da Sociedade, tem responsabilidade solidária pelo cumprimento das obrigações contratuais. Isso implica que, em não havendo cumprimento das cláusulas do contrato, o terceiro que com a sociedade contratou poderá exigir o seu cumprimento seja do sócio ou da sociedade, de forma indistinta.

No Código Civil, fica claro que a natureza jurídica da Sociedade em Comum é de sociedade empresária desde que ela exerça atividades típicas de empresário e não aquelas excluídas pelo art. 966, parágrafo único, profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística. Quanto à aquisição de personalidade jurídica pelo registro, a discussão se dará em momento oportuno.

A partir dos próximos tópicos, quando a lei tratar de entes despersonalizados, estará incluindo a Sociedade em Comum, mesmo que ao longo do texto tenha sido considerada ente personalizado, pois as Leis seguem a terminologia do Código Civil e das legislações anteriores.

3.3 A SOCIEDADE EM COMUM FRENTE A LEI DE CONCORRÊNCIA

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, instituído pela lei 12.529/2011, é o responsável pela repressão ao abuso do poder econômico que tenha por escopo a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência, além aumento arbitrário dos lucros, de acordo com a previsão do art. 173, §4º da Constituição Federal e prevenção que vise evitar práticas anticompetitivas.

A Lei de Defesa da Concorrência, quanto ao aspecto repressivo, estabelece a responsabilidade civil e administrativa das pessoas jurídicas, além dos entes despersonalizados que venham a praticar ilícitos contra a ordem econômica e a

economia popular, nos termos do art. 173, §5º da Constituição Federal:

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Dispõe este texto legal que os entes despersonalizados, podem e serão responsabilizados perante os ilícitos concorrenciais, uma vez que a lei estabelece uma ampla legitimação passiva e prevê uma abrangente possibilidade de responsabilização dos agentes econômicos por condutas anticoncorrenciais, conforme art. 31, *retro*:

Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Nesse mesmo sentido, o art. 32 da Lei 12.529/2011 estabelece que “As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente”.

No que tange ao aspecto repressivo, de atuação dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, não existe na jurisprudência do CADE decisão que tenha por sujeito ativo da infração uma Sociedade em Comum, ou ente despersonalizado⁶, isto porque para infringir uma norma da concorrência, o infrator deve possuir poder econômico, conforme o entendimento pacífico do CADE, abaixo colacionado:

Não pode infringir a ordem econômica quem não disponha de poder econômico capaz de, por seu abuso, restringir ou limitar a livre concorrência no mercado relevante (Averiguação Preliminar nº 08000.011085/94-62 – Conselheiro Artur Barrionuevo Filho).

EMPRESA DE PEQUENO PORTE. INEXISTÊNCIA DE INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA. A presença de poder de mercado é indispensável ao reconhecimento do abuso (Averiguação Preliminar nº 08000.016012/94-76 – Conselheiro Artur Barrionuevo Filho).

A infração à ordem exige que o sujeito ativo da infração detenha poder de mercado (Representação nº 87/92, Conselheiro Leônidas Xausa).

⁶ Quando utilizado para pesquisa os termos “ente despersonalizado”, “despersonalizado”, “Sociedade em Comum”, “Sociedade de Fato”, “Sociedade Irregular” não houve resposta positiva no site do CADE <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>.

Quanto ao aspecto de atuação preventiva, tem-se que a competição entre os agentes econômicos nem sempre é livre e perfeita, dependendo, principalmente, da natureza dos mercados e das políticas econômicas. Quer-se com esta intervenção, evitar os comportamentos monopolistas, pois quanto maior é o poder de mercado de um agente econômico, maior é a chance de ele se comportar de maneira a reduzir as ofertas e aumentar os preços.

Segundo CADE (2007, p. 18) seu papel preventivo “corresponde basicamente à análise das alterações estruturais do mercado, apresentadas sob a forma dos atos de concentração ou qualquer outra forma que possa afetar negativamente a concorrência”.

Toma-se por exemplo um bairro, afastado da região central da cidade e de difícil acesso por transporte coletivo, onde existam apenas dois mercados para atender a uma população de aproximadamente 3000 pessoas, instaladas na localidade por conta de dois novos condomínios ali construídos, e esses dois mercados, que não possuem registro na Junta Comercial, sendo considerados Sociedade em Comum, resolvem se unir formando um terceiro mercado, sendo que só este permanece em funcionamento. Nessa hipótese, o ato de concentração denominado fusão não é, por si só, um ilícito anticoncorrencial, pois se a idéia é trazer benefícios para aquela população, com maior variedade de produtos, não passa de um negócio jurídico privado, permitido por lei.

Por outro lado, se essa fusão é feita com o intuito de aumentar abusivamente os preços, ou eliminar por completo a concorrência, trazendo prejuízos aos consumidores, que são os principais beneficiados pela proteção do CADE, este tem por dever analisar os efeitos deste negócios, pois nos termos do art. 36, tal hipótese é considerada ilícito concorrencial, passível de sanção, nos moldes analisados acima, mesmo que não seja uma pessoa jurídica constituída conforme a lei.

Nesse caso em concreto, mesmo não sendo uma atividade empresária que atinja o mercado relevante na cidade, atinge ao mercado daquela localização, que não tem acesso aos mercados centrais. Nesse sentido, Gaban e Domingues (2009, p.133) asseveram que:

A delimitação do mercado relevante é essencial para que seja possível o estabelecimento de uma análise antitruste, sendo que, no Brasil, é pressuposto de incidência da Lei Antitruste. Assim, para iniciar-se a

investigação sobre condutas anticoncorrenciais, ou mesmo para se avaliarem os efeitos de uma operação de concentração empresarial, preliminarmente averigua-se a real dimensão do mercado que está sendo afetado para se delimitar o universo material e territorial sobre os quais se estabelecerá a avaliação antitruste.

O CADE deverá analisar economicamente cada caso em concreto, para que, havendo dominação de mercado, ainda que realizado por Sociedades em Comum, ele possa buscar evitar a concentração empresarial que seja prejudicial ao mercado concorrencial e aos consumidores.

3.4 O REGIME JURÍDICO DA CAPACIDADE TRIBUTÁRIA E A OBRIGAÇÃO DE PAGAR TRIBUTOS PELAS SOCIEDADES EM COMUM

Para entender a capacidade tributária das Sociedades em Comum e a sua obrigação de pagar tributos, necessário que se faça a utilização de um enfoque sistêmico, abordando a questão na esfera doutrinária e jurisprudencial, na seara Constitucional, para, em seguida, analisar o Código Tributário Nacional (CTN).

A Constituição Brasileira de 1988 prevê o dever fundamental de pagar tributos em seu art. 145 ao estabelecer aos entes federados competências para instituir tributos, criados por leis que determinam quem são os respectivos contribuintes. O dever de pagar tributos está relacionado aos meios pelos quais o Estado realiza os objetivos com os quais se comprometeu, revelando sua soberania.

Este dever fundamental deve ser interpretado de duas maneiras, a primeira em relação à obrigatoriedade de instituir os tributos previstos na Constituição, por parte dos entes federados, já que os tributos são a principal fonte de recursos para concretização das políticas públicas e responsabilidades estatais; e a segunda, que é a mais importante nesse estudo, está relacionada ao aspecto de que todos estão sujeitos às incidências tributárias, na medida de suas capacidades contributivas individuais, conforme previstas na Constituição, no Código Tributário Nacional com normas gerais, e nas legislações tributárias nas esferas federal, estadual e municipal. Razão pela qual devem cumprir com a obrigação tributária. Tal conclusão decorre da própria ordem constitucional e dos objetivos que a fundamentam.

Diante da obrigação imposta pela Constituição, de que todos devem pagar tributos, na medida de suas capacidades, é importante analisar a relação jurídico-tributária, em seu critério pessoal, mais especificamente na figura do contribuinte

diante da capacidade tributária passiva, no intuito de entender a responsabilidade tributária das Sociedades em Comum.

A ocorrência do evento tributário, no plano fático, além da subsunção do fato à hipótese tributária é o que importa para fins de tributação, criando direitos e deveres na relação jurídica, a partir de onde se analisa a capacidade tributária.

Oportuno destacar o ensinamento de Carvalho (2009, p. 340) acerca do que vem a ser a capacidade tributária:

Define-se capacidade tributária como a aptidão que as pessoas têm para serem sujeitos ativos e passivos de relações jurídicas de índole tributária. Se assim é, podemos dizer que capacidade tributária passiva é a habilitação que a pessoa, titular de direitos fundamentais, tem para ocupar o papel de sujeito passivo de relações jurídicas de natureza fiscal.

A capacidade tributária passiva independe da capacidade civil, de existir medidas que importem privação ou limitação do exercício de atividades civis, comerciais ou profissionais para as pessoas naturais. Paulsen (2012, p. 113) conclui “que quem realiza o fato gerador está obrigado ao pagamento do tributo, ainda que não tenha ou não esteja no gozo de capacidade civil plena ou que esteja atuando mediante sociedade irregular ou de fato”. Para as pessoas jurídicas, não existe necessidade de regularização, nos termos do Código Civil, basta a configuração de uma unidade econômica ou profissional, de acordo com o disposto no art. 126 do Código Tributário Nacional.

Também, não se confunde a capacidade tributária passiva com a capacidade de exercer direito, pois como acima explanado, mesmo os sujeitos considerados incapazes nos termos civis, poderão figurar na posição de contribuinte na esfera tributária conforme Carvalho (2009, p. 341) as normas tributárias reconhecem a “aptidão para realizar o fato, ou dele participar, a entes, agregados econômicos [...] não contempladas pelo direito privado com personalidade jurídica”, inclui-se aqui as Sociedades em Comum.

Concorda com esse posicionamento Amaro (2007, p. 330) “a sociedade de fato ou a sociedade irregular também não são circunstâncias impeditivas do nascimento de obrigações tributárias, surgidas pela ocorrência de fatos geradores identificáveis no exercício das atividades dessas sociedades”

A ocorrência do fato jurídico tributável independe da capacidade civil, logo, as Sociedades em Comum podem e são sujeitos passivos na obrigação tributária.

Isso ocorre porque são duas situações distintas, conforme entendimento de Carvalho (2009, p. 344):

A capacidade para promover os fatos tributários, ou deles participar, na consonância das previsões normativas, não é privilégio das pessoas físicas ou jurídicas, espécies de entidades personalizadas pelo direito privado. Para esse escopo, o legislador tributário desfruta de ampla liberdade, cerceada apenas pela consideração de dois fatores exógenos, quais sejam os limites da outorga constitucional de competência e o grau de relacionamento da entidade com o evento fático. Dentro dessa moldura, é quase infinita a legitimidade criativa do legislador fiscal, que pode atribuir personalidade tributária e capacidade para realizar o fato jurídico tributário a quem não as tenha por reconhecidas, no enredo das normas de direito civil.

O entendimento do autor está firmado no tratamento jurídico previsto no CTN. o preceito legal entabulado no art. 126, inciso III, enfoca a responsabilidade das Sociedades em Comum diante das obrigações tributárias, considerando suficiente a configuração de unidade econômica profissional. O legislador atribuiu capacidade tributária passiva a um ente que nos termos do Código Civil é despersonalizado.

Ainda nesse sentido, importante o entendimento trazido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região ao analisar a Apelação/Reexame Necessário nº 2003.70.02.003303-8. em que o contribuinte de Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF) realizava atividade de revenda de carro, sem contudo contar com o registro, abaixo:

IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. NULIDADE DE PROCEDIMENTO FISCAL. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. ACRÉSCIMO PATRIMONIAL À DESCOBERTO. REVENDA DE VEÍCULOS. HONORÁRIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. O artigo 126, inciso III, do Código Tributário Nacional prevê que a capacidade tributária passiva independe de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional. [...] Embora o autor não tenha apresentado documentação hábil a comprovar ser proprietário de revenda de veículos, os negócios por ele efetuados levam à conclusão de que os adquiria com a finalidade de comercializá-los. Em conformidade o princípio da interpretação objetiva do fato gerador, é irrelevante a regularidade da atividade desenvolvida pelo contribuinte para que o Fisco, verificando a existência de omissão fiscal, efetue o lançamento, independentemente de o contribuinte ter registrado ou não seus atos constitutivos na junta comercial.

O contribuinte, mesmo não comprovando sua condição de pessoa jurídica, foi tributado no Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ), pois houve omissão fiscal, já que o fato jurídico relevante para a tributação ocorreu, qual seja, a revenda de veículos, independente de seus atos constitutivos estarem ou não arquivados na Junta Comercial. Entendeu-se pela aplicação da Instrução Normativa Secretaria da

Receita Federal - SRF nº 152/1998, que trata da base de cálculo das operações de venda de veículos usados, adquiridos para revenda, o que levou ao lançamento de ofício pelo Fisco em razão da omissão fiscal.

Reconhecido está que a Sociedade em Comum realiza eventos passíveis de serem considerados fatos jurídicos relevantes para a tributação. Importante, nesse momento, analisar a hipótese do não pagamento do tributo pela Sociedade em Comum e a possibilidade de Execução Fiscal para o seu recebimento. Ao considerar as diferenças já mencionadas acerca da capacidade tributária passiva e a capacidade civil, que estabelece, entre outras situações, a possibilidade de responder perante o Judiciário pelo descumprimento de um dever na esfera tributária, relacionada ao pagamento de um tributo, em face de quem essa cobrança deveria ser feita? Ou melhor, quem responderia judicialmente pela dívida tributária contraída pela Sociedade em Comum?

Para responder a essa questão, importante analisar a inscrição em dívida ativa apenas no aspecto que é de interesse para esta pesquisa, quanto a emissão da Certidão de Dívida Ativa (CDA). Por meio de processo administrativo de dívida ativa, a Fazenda Pública torna o crédito tributário passível de execução. Bartini (2012, p. 168) assevera que: “A inscrição em dívida ativa somente poderá ocorrer quando o crédito tributário devidamente constituído não foi pago no vencimento”. E continua “Tal inscrição será realizada pela autoridade competente para que se possa cobrar judicialmente o crédito tributário que não fora quitado no prazo, com os devidos encargos legais”. O crédito tributário deve estar regularmente constituído e o prazo para pagamento deve ter sido encerrado para que a inscrição em dívida ativa possa ocorrer.

O documento hábil a confirmar a inscrição em dívida ativa chama-se Termo de Inscrição em Dívida Ativa, que deverá ser lavrado em livro próprio para tal fim, extraindo a autoridade competente a respectiva Certidão de Dívida Ativa, esta por sua vez contém todas as informações relativas ao contribuinte e ao crédito, nos termos do art. 202 do CTN. O Código de Processo Civil, em seu art. 585, inciso VII é quem estabelece a condição de título executivo extrajudicial para tais certidões.

Com a Certidão de Dívida Ativa expedida, o Fisco dará início ao processo de execução, e aqui é que encontra-se mais um problema. A diferenciação entre a capacidade para realizar o fato jurídico tributário e a capacidade de ser sujeito passivo de obrigações fiscais. Na primeira situação, já foi analisado que a Sociedade

em Comum tem condições de realizar o fato tributável, agora, resta analisar a possibilidade de ser sujeito passivo das obrigações fiscais.

Carvalho (2009, p. 345) entende que somente o ente com personalidade jurídica, nos termos da lei, é que pode ser sujeito passivo das obrigações tributárias.

No caso da Sociedade em Comum, que não possui personalidade jurídica conferida por lei, prevê o autor (2009, p. 346-347) que se o legislador “pretende inscrever, na hipótese normativa, sujeito sem personalidade jurídica, outorgando-lhe capacidade para realizar o acontecimento tributário” deverá prescrever a pessoa física ou jurídica admitidas por lei no intuito de responsabilizar-se pelo ente que promoveu o evento.

Isso significa que, seguindo os parâmetros do Código Civil, em seu art. 990 caberia aos sócios da Sociedade em Comum responderem pela dívida tributária, na modalidade de responsável tributário, sendo que a responsabilidade entre eles é solidária e ilimitada.

A solidariedade passiva tributária é determinada pelo que prevê o art. 124 do CTN, *verbis*:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Na hipótese dos sócios da Sociedade em Comum, a solidariedade decorre do interesse em que possuem na situação que constituiu o fato jurídico tributário da obrigação, ou seja, a responsabilidade será assumida pelos sócios em razão da confusão patrimonial.

Neste sentido, já se manifestou o Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS A EXECUÇÃO. SOCIEDADE IRREGULAR OU DE FATO. LEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSÁVEL POR SUBSTITUIÇÃO. CARÊNCIA DE AÇÃO. 1 - CARACTERIZADA A SOCIEDADE IRREGULAR OU DE FATO. FALTA DOS ATOS SOCIETÁRIOS ARQUIVADOS NA RESPECTIVA JUNTA COMERCIAL. 2 - EX VI, ARTS. 592, II E 568, V, CPC, C/C ART. 135, I E III, CTN. LEGITIMAÇÃO PASSIVA DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, POR SUBSTITUIÇÃO. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO GERENTE DA SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. 3 - FALTA DE CITAÇÃO. CARACTERIZADA A CARÊNCIA DE AÇÃO DO SÓCIO CO-RESPONSÁVEL PELO CRÉDITO FISCAL RECLAMADO. 4 - APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. IMPROCEDENTES OS EMBARGOS DE DEVEDOR. SUBSISTENTE A CONSTRICAO JUDICIAL.

(TRF 3ª REGIÃO – Apelação Cível, Documento: TRF300007384/SP; Rel. Juiz Sergio Lazzarini; Data da decisão: 24/10/1990).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também se manifestou quanto à responsabilidade dos sócios da Sociedade em Comum pelas obrigações tributárias, na Apelação Cível nº 186085114:

SOCIEDADE IRREGULAR OU DE FATO. A SOCIEDADE IRREGULAR OU DE FATO ACARRETA A RESPONSABILIDADE PESSOAL E SOLIDÁRIA DOS SÓCIOS, QUE NÃO PODERÃO INVOCAR O "BENEFICIUM EXCUSSIONIS". DOCUMENTO FIRMADO POR QUEM SE INTITULA "SÓCIO GERENTE". APELO IMPROVIDO E RECURSO ADESIVO DESCONHECIDO. (Apelação Cível Nº 186085114, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Alceu Binato de Moraes, Julgado em 12/05/1987).

No âmbito tributário, há o reconhecimento da Sociedade em Comum entre os sujeitos de fato da relação jurídico tributária, detentora de capacidade passiva tributária, enquanto a capacidade de direito, fica adstrita aos seus sócios a responsabilidade pelas obrigações tributárias contraídas, inclusive quanto aos deveres instrumentais.

3.5 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A RESPONSABILIZAÇÃO DAS SOCIEDADES EM COMUM

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) também prevê a possibilidade de responsabilização dos entes despersonalizados na figura do fornecedor diante de uma relação de consumo. Em seu art. 3º considera fornecedor “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados”.

Filomeno (2007, p. 35) entende que fornecedores são “todos quanto propiciem a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, de maneira a atender as necessidades dos consumidores, sendo despidendo indagar-se a que título”. Para o autor, não importa se a oferta é a título gratuito ou oneroso, basta que haja a relação de entrega do produto ou serviço.

No intuito de entender o real conceito de fornecedor, para então analisar a responsabilização das Sociedades em Comum, é necessário um maior aprofundamento e desenvolvimento no conceito estabelecido pela legislação consumerista.

O art. 3º não trata da necessidade de habitualidade e profissionalismo para que o ente possa ser responsabilizado perante o CDC. Lisboa (2001, p. 112) é um dos autores que discorda e assevera que “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica que, no exercício de sua atividade profissional econômica, lança produtos ou serviços no mercado de consumo”. Para o autor há necessidade do quesito profissionalidade para a configuração do fornecedor.

Não é possível concordar com a necessidade de profissionalismo para o enquadramento no quesito fornecedor. A análise deve partir do pressuposto de que o fornecimento visou a participação no mercado de consumo, de modo a suprir as necessidades do consumidor, ainda que não seja de forma profissional. Exemplo clássico é o apresentado por Andrade (2006, p. 30) onde um engenheiro, que tem por profissão a engenharia, porém, também atua vendendo perfumes. Nesse caso, o profissionalismo dele está relacionado à engenharia, todavia, não é porque ele vende perfumaria apenas para incremento na renda, ou seja, de forma não profissional, que não poderá ser responsabilizado por algum vício apresentado.

No que diz respeito ao profissionalismo, interessante exemplo é trazido por Nunes (2012, p. 122) ao abordar a figura do consumidor. Se a pessoa adquire peças de vestuário para revendê-las, ele deixa de ser consumidor, e passa a ser fornecedor, mesmo que não o faça de forma profissional.

Outro requisito que não é essencial para a configuração do fornecedor é a habitualidade, já que diversas atividades ocorrem apenas em determinados períodos durante o ano, ou apenas dias. Nunes (2012, p. 135) entende pela desnecessidade de trabalho habitual, citando o exemplo de uma estudante que revende lingerie aos seus colegas para pagar os estudos. Mesmo que essa revenda ocorresse apenas no período natalino ou de férias, ela seria considerada fornecedora pois sua atividade apesar de eventual é comercial e passível de responsabilização nos termos do CDC.

O descumprimento de obrigações impostas pelo regime consumerista impõe aos fornecedores sanções, independente de estarem regularmente constituídas nos termos da lei civil. Ou seja, sua condição jurídica não é óbice para que lhe sejam imputadas obrigações em relação aos consumidores de seus produtos ou serviços.

Depois dessa exposição acerca dos requisitos para a configuração do fornecedor, conforme art. 3º do CDC, é importante fazer um retorno ao início dessa discussão, quando se afirmou sobre a possibilidade dos entes despersonalizados serem considerados fornecedores, situação que possibilitaria a responsabilização

das Sociedades em Comum por vícios em seus produtos ou serviços.

Os entes despersonalizados, citados no CDC são, nas palavras de Filomeno (2007, p.47-48) “os que embora não dotados de personalidade jurídica, quer no âmbito mercantil, quer no civil, exercem atividades produtivas de bens e serviços”. É o caso da Sociedade em Comum, segundo o que dispõe o Código Civil.

No Recurso Especial nº 519.310/SP, a relatora Ministra Nancy Andrichi entendeu que:

Para o fim de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o reconhecimento de uma pessoa física ou jurídica ou de um ente despersonalizado como fornecedor de serviços atende aos critérios puramente objetivos”, hipótese em que considerou “irrelevantes a sua natureza jurídica, a espécie dos serviços que prestam e até mesmo o fato de se tratar de uma sociedade civil, sem fins lucrativos”. (REsp 519.310/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJ 24/05/2004).

Conforme decidido pela Ministra Nancy Andrichi, a responsabilização de uma atividade empresária perante o consumidor independe de sua natureza jurídica, sendo desnecessária a personalidade jurídica própria para configuração da pessoa jurídica, nos termos do que prevê o Código Civil Brasileiro. Nunes (2012, p. 138) entende que “é de enquadrar no conceito de ente despersonalizado as chamadas pessoas jurídicas de fato: aquelas que, sem constituir uma pessoa jurídica, desenvolvem, de fato, atividade industrial, comercial, de prestação de serviços, etc”.

Nesse sentido, se manifestou Leite (2002, p. 40) para quem “as entidades comerciais ou fabris de fato, isto é, aquelas não constituídas regularmente e popularmente conhecidas como empresas de fundo de quintal, ficam impedidas de utilizar o argumento da falta de personalidade jurídica formal” quando quiserem se evadir de suas responsabilidades para com os consumidores, posto que o CDC as incluiu expressamente quando exercerem atividades produtivas no mercado de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor prevê a responsabilização das Sociedades em Comum, pois de forma expressa cita os “entes despersonalizados” entre os fornecedores, já que muitas dessas sociedades existem no ambiente econômico. É neste sentido a afirmação de Nunes (2012, p. 138) “tais sociedades formam um bom número de fornecedores, que suprem de maneira relevante o mercado de consumo”. Se elas existem, mais uma vez podem ser responsabilizadas, porém, quanto aos seus direitos, ficam à margem da lei.

3.6 O REGIME JURÍDICO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO E AS SOCIEDADES EM COMUM NA QUALIDADE DE EMPREGADORAS

Até aqui já se analisou a responsabilização das Sociedade em Comum nas obrigações concorrenciais, tributárias e em relação ao consumidor. Na esfera trabalhista, também é possível essa responsabilização, pois o art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) é extremamente abrangente.

Para o diploma legal acima mencionado, empregador é qualquer “empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

Importante observar que o termo “empresa” está erroneamente empregado no dispositivo legal, pois o empregador não será a empresa mas sim a pessoa física ou jurídica, além do ente despersonalizado que seja titular da empresa ou do estabelecimento, incluindo aqui a Sociedade em Comum e a Sociedade em Conta de Participação, ambas reguladas pelo Código Civil entre as sociedades sem personalidade jurídica própria. Delgado (2010, p. 378) afirma que a empresa “não configura, obviamente, sujeito de direitos na ordem jurídica”, mas sim a pessoa jurídica que explora a empresa.

Nascimento (2008, p. 674) assevera que alguns juristas só consideram empregadoras as pessoas físicas ou pessoas jurídicas. Quanto às pessoas físicas, não existem dúvidas, porém não é possível considerar pessoa jurídica apenas as sociedades personalizadas, e portanto, empregadoras, já que mesmo naquelas a que o Código não atribui personalidade jurídica, existem hipóteses em que possuem empregados, ficando caracterizada a existência da relação de emprego, independente da personalidade jurídica, não podendo ficar à mercê da legislação trabalhista.

Os requisitos necessários à configuração do empregado não estão relacionados ao quesito personalidade jurídica da sociedade que o emprega. Basta que o trabalhador preste serviços, de forma subordinada e mediante salário para que seja possível a responsabilização do empregador perante a Justiça do Trabalho, pois os riscos da atividade foram por ele assumidos. Não há lógica para não apreciação dos direitos do trabalhador pelo simples fato de seu empregador não ser uma sociedade empresária legalmente constituída nos moldes do Código Civil. Dubugras (2009, p. 3) assevera que “a empresa empregadora pode ser formal ou

informal, liderada por um ou mais indivíduos”.

Sendo hipótese de Sociedade em Comum, a responsabilização recairá sobre os sócios de forma solidária, conforme a previsão do Código Civil, cabendo a qualquer dos sócios ser responsabilizado por débito decorrente do contrato de trabalho. Esse é o entendimento da jurisprudência brasileira, a 2ª turma do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, no julgamento do Recurso Ordinário nº 36000650055050161, entendeu pela configuração da sociedade de fato, hoje chamada Sociedade em Comum, onde qualquer dos sócios poderia ser responsabilizado, afastando a preliminar de ilegitimidade passiva arguida por um deles, nos termos abaixo:

Contudo, não há como ser mantida. Isso porque ficou claro tratar-se do que se denomina de sociedade não personificada ou sociedade de fato, representada pela exploração de atividade econômica, sem que estivesse devidamente regularizado o registro dos seus atos constitutivos, sequer existentes. Em tal hipótese, assegura o art. 990, do Código Civil, a responsabilidade solidária e ilimitada dos seus integrantes, o que autoriza o credor a demandar contra qualquer deles, total ou parcialmente, a dívida. Por conseguinte, não há que se falar em ilegitimidade passiva, mormente porque não se caracterizou a sucessão empresarial, na medida em que a própria autora declarou que não mais trabalhou para a mulher do Recorrido, após a separação.

A Sociedade em Comum, quando explora atividade econômica, possuindo empregados, pode ser responsabilizada por débitos trabalhistas. Afasta-se qualquer tese de que os entes despersonalizados não podem ser considerados empregadores e passíveis de responder judicialmente por infração aos preceitos celetistas. Nesta hipótese seus sócios serão os responsáveis, podendo para isso utilizar o patrimônio especial separado para o desenvolvimento da atividade.

Esse também é o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, ao julgar o RO 708001720075070025 CE, que reconheceu a existência de vínculo empregatício, mesmo diante da ausência de personalidade jurídica de uma escola de música que deixou de levar seus atos constitutivos a arquivamento na Junta Comercial. Aplicou-se, novamente, a previsão do Código Civil no que diz respeito à responsabilidade solidária dos sócios, *retro*:

VÍNCULO DE EMPREGO. CONFIGURAÇÃO. SOCIEDADE DE FATO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS SÓCIOS.

A esse respeito o novo Código Civil, em seus artigos 896 e seguintes, ao cuidar das sociedades não personificadas, assim consideradas aquelas que não foram devidamente registradas no órgão competente, atribui, nesses casos, aos sócios a responsabilidade solidária e ilimitada pelas obrigações sociais.

A interpretação é no sentido de que a responsabilidade é da Sociedade em Comum, que deverá responder com o patrimônio especial separado para o exercício da atividade, todavia, em sendo insuficiente ou na ausência desse patrimônio, os sócios respondem com bens particulares pelas dívidas trabalhistas, que lhe são transferidas, posto que por não haver constituição legal da atividade empresária, a responsabilidade é ilimitada e solidária entre os sócios.

Existe a possibilidade de a execução correr em sentido inverso, qual seja, primeiro os bens particulares dos sócios, depois os bens do patrimônio especial, esse é o entendimento de Saad (2004, p. 32):

Neste caso, todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem previsto no art. 1024, aquele que contratou com ela (v. art. 990 do CC/02). Isto é, os bens particulares dos sócios podem ser executados por dívidas da sociedade antes mesmo da execução dos bens sociais.

Para que seja possível a responsabilização das Sociedades em Comum pelos seus atos perante à Justiça do Trabalho, caberá ao Reclamante a prova da existência da sociedade, sob pena de ter o seu pedido indeferido, esse é o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, no RO nº 552-41.2010.5.04.0304 “É ônus do terceiro prejudicado, reclamante na ação, provar a alegação de existência de sociedade de fato ou não personificada, sob pena de indeferimento da pretensão da condenação solidária da reclamada apontada como sócia de fato”.

Resta analisar que a inobservância das exigências do CC/2002 não lhes permite o reconhecimento jurídico de existência válida impedindo-as de participar ativamente da vida econômica, pois têm restrições de acesso ao crédito, à participação em negócios privados e públicos e lhes é vedado o direito à recuperação judicial nos termos do Arts. 48 e 161 da Lei 11.101/2005. No entanto, conforme CTN, CDC e CLT, diante das obrigações, são consideradas titulares de deveres jurídicos independente do registro exigido pelo CC/2002.

Nos termos já analisados, as Sociedades em Comum dispõem de uma série de obrigações estabelecidas por lei, de modo que, em fazendo algo contrário ao que prevê a legislação, ela venha a ser responsabilizada.

Ao lado dos deveres acima mencionados, a Sociedade em Comum também precisa ter seus direitos preservados, já que o art. 1º do Código Civil estabelece que

“toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, de onde pode-se concluir que todo direito corresponde a um dever e todo dever corresponde a um direito, o que não acontece quando da vedação da recuperação judicial ou extrajudicial de tais sociedades.

Por serem sujeitos de obrigações é legítimo que as normas sejam interpretadas de forma que às atividades empresárias sejam estendidas as garantias que lhe permitam a utilização do procedimento da recuperação judicial ou extrajudicial, visando a reorganização societária, em razão do princípio da isonomia, previsto na constituição, em que todos devem receber tratamento igualitário pelo Estado, na ordem jurídica, mediante direitos e deveres, que lhe permitam permanecer no mercado.

Diante das normas vigentes, é necessário que se defina o objeto de exploração da Sociedade em Comum, para que então, possa se descobrir o regime jurídico a ela aplicável, principalmente no que diz respeito à recuperação de empresa, que se pretende nesse estudo. Dessa forma, independente da legislação lhe conferir tal direito, ele lhe será assegurado. Gonçalves Neto (2008, p. 138) afirma que “diante das normas vigentes é preciso definir o objeto da Sociedade em Comum, se consistente em atividade própria de empresário ou não, para determinar, quando for o caso, o regime jurídico de insolvência a ela aplicável”. Entende que “em se tratando de uma sociedade que tenha por objeto o exercício da atividade própria de empresário, ela será enquadrada como sociedade empresária e se subordina ao regime da Lei 11.101/2005”. Todavia, quando destinada a atividade de natureza intelectual, artística, científica ou literária, ou seja, não coerente com a atividade empresária conforme previsto no art. 966 do Código Civil, “será tratada como sociedade simples e estará sujeita ao regime da insolvência previsto no Código de Processo Civil (art. 748 e ss)”. Nesse sentido, conforme a atividade exercida pela Sociedade em Comum, “classifica-se, à semelhança das sociedades personificadas, em sociedade *empresária*, ou *simples*, consoante seu objeto”. É o que será analisado no capítulo a seguir.

4 RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL DA SOCIEDADE EM COMUM: ANÁLISE DA LEI 11.101/2005

Até o ano de 2005, estava em vigência no Brasil o Decreto-Lei 7.661 de 1945, que disciplinava a Falência e a Concordata das empresas em crise econômica. Todavia, tal decreto não solucionava efetivamente os problemas financeiros das atividades empresárias, razão pela qual, depois de algum tempo veio a ser substituído pela Lei 11.101/2005.

Com o intuito de evitar a falência e visando fazer cumprir o seu objeto, qual seja, a manutenção da fonte produtora viável economicamente, a Lei 11.101/2005 estabelece duas alternativas: no art. 47, disciplina a chamada “recuperação judicial”, em detrimento da antiga concordata, enquanto no art. 161, estabelece a “recuperação extrajudicial”.

Enquanto a recuperação judicial é um processo por meio do qual o devedor apresenta um plano de recuperação aos seus credores, depois de ter solicitado o crivo do Judiciário, a recuperação extrajudicial dispensa um processo específico para isso, consistindo na possibilidade de o devedor em crise convocar seus credores e formalizarem uma composição para o pagamento do que é devido. Contudo, a recuperação extrajudicial pode ter o acompanhamento do Judiciário se após o acordo realizado com os credores, fora do ambiente judicial, o plano venha a ser levado à homologação, nos termos do art. 162 da Lei Falimentar, todavia, a recuperação pode permanecer no campo estritamente extrajudicial se as partes assim o desejarem.

Entre as diferenças existentes entre as duas formas de recuperação diz respeito aos créditos por elas abrangidos. Enquanto na modalidade judicial é possível incluir “todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos”, de acordo com o disposto no art. 49, na modalidade extrajudicial excluem-se “os créditos de natureza tributária, derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho”. Para ambos os institutos, excluem-se os credores previstos no art. 48, §3º, que são os que possuem direito de propriedade envolvido, e os previstos no art. 86, inciso II, onde a restituição do valor do contrato de câmbio para exportação é feita em dinheiro.

Tais institutos são meios estabelecidos pela legislação no intuito de se evitar que as sociedades empresárias venham a sofrer com a falência, e devem ser

manejados por atividades empresárias que estejam passando por crise econômico-financeira⁷, mas em condições de soerguimento, pois este é do interesse da ordem econômica constitucional.

A legislação falimentar não está preocupada com o direito dos credores de forma primordial, tal qual ocorria na lei anterior que demonstrava em seus artigos a ausência de preocupação com a manutenção da fonte produtora de bens e serviços e criadora de empregos e rendas. Essa atividade produtiva passa a ser o centro da atual legislação, pois entende-se que a manutenção deve ser procurada sempre que possível, em preferência ao encerramento da atividade.

Lobo (1995, p. 89) demonstra que com o avanço da legislação falimentar se buscou chegar ao patamar que hoje é encontrado, qual seja, um meio capaz de promover a preservação da empresa, *retro*:

[...], o Direito Falimentar, em seus primórdios e durante séculos, tinha por finalidade exclusivamente atender aos interesses dos credores, mesmo com sacrifício da liberdade, da saúde e até da vida do devedor. Em 428 a.C., surgiu a *Cessio Bonorum* com a *Lex Poetelia Papira*, imprimindo um abrandamento sensível nos meios de execução das dívidas do devedor insolvente, por quanto a execução não mais poderia recair sobre a pessoa do devedor, mas apenas sobre seu patrimônio. Essa modificação no sistema de execução coletiva das dívidas, através da *Cessio Bonorum* inspirou o legislador medieval a criar o instituto da moratória e da concordata preventiva da falência, que, a sua vez, perduraram também por muito séculos, chegando aos nossos dias [...]. Por isso, ao final da perfunctória análise da evolução histórica do problema da crise da empresa, chega-se à conclusão que, em nome do interesse público e do interesse social, o legislador e o juiz devem, nos limites de suas atribuições e poderes, zelar pela recuperação da empresa, de suas atividades e emprego, mesmo que tenham de sacrificar, se necessário, os interesses do devedor e dos credores, momentaneamente.

A lei brasileira seguiu as tendências mundiais, conforme afirma Bezerra Filho (2007, p. 135-136) principalmente abordando a visão moderna trazida pela lei americana, no *Bankruptcy Code* de 1978, a lei francesa estabelecida no *Droit des entreprises em difficultés*, de 1984, a legislação alemã abordado na

⁷ Crise econômica, nos dizeres de Coelho (2012, p. 249) “deve-se entender a retração considerável nos negócios desenvolvidos pela sociedade empresária”. Por exemplo, “se os consumidores não mais adquirem igual quantidade dos produtos ou serviços oferecidos, o empresário varejista pode sofrer queda de faturamento”. O autor ainda aponta que Crise financeira “revela-se quando a sociedade empresária não tem caixa para honrar seus compromissos. É a crise de liquidez”. Cita Entre os exemplos de crise financeira pode-se citar a hipótese em que as vendas estão crescendo e o faturamento se mantém satisfatório (hipótese em que não há crise econômica), mas, ainda assim, a sociedade tem dificuldades de pagar as obrigações já assumidas, seja porque “não amortizou o capital investido nos produtos mais novos, está endividada em moeda estrangeira e foi surpreendida por uma crise cambial ou o nível de inadimplência na economia está acima das expectativas”.

Insolvenzordnung de 1999 e o Código de Processos Especiais de Recuperação da Empresa e Falência, introduzido em 1993 no direito português.

Bezerra Filho (2007, p. 136) entende que essas legislações modernas que serviram de base para a legislação brasileira “partem do princípio de que a manutenção do funcionamento da empresa é de interesse social acentuado”, permitindo inclusive o afastamento dos sócios ou outros administradores, para que a empresa continue em funcionamento com a fiscalização do Judiciário.

Nesse mesmo sentido, Coelho (2012, p. 251) entende que a crise de uma atividade envolve muitas pessoas além dos empreendedores e investidores que aplicaram no seu desenvolvimento, citando os credores e, de forma mais expandida, pode “encadear de sucessivas crises, também para outros agentes econômicos”. Para o autor, “a crise fatal de uma grande empresa significa o fim de postos de trabalho, desabastecimento de produtos ou serviços, diminuição na arrecadação de impostos”, sem deixar de lado os problemas que a paralisação de atividades interligadas pode causar na economia, em alguns casos expandindo a crise a nível nacional.

Fázzio Júnior (2006, p. 36) argumenta que “a atividade empresarial desborda dos limites estritamente singulares para alcançar dimensão socioeconômica bem mais ampla”. Envolve tanto o mercado quanto a sociedade. “Insolvente ou não, é uma unidade econômica que interage no mercado, compondo relações jurídicas com extraordinária repercussão social”. Razão pela qual merecem ser amparadas em momentos de crise econômica.

Com o intuito de evitar a falência e, por conseguinte, o encerramento das atividades, e promover a preservação da empresa, sua função social, além de estimular a atividade econômica, a Lei 11.101/2005, em seu art. 47, estabeleceu a recuperação judicial que “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”.

Corazza (2006, p. 356) assevera que o “novo procedimento objetiva mais que a liquidação das dívidas da empresa em dificuldades econômicas: transcende as relações negociais”, com o objetivo de manter sua “condição de componente ativo do ciclo produtivo econômico e social”. O conteúdo social da legislação falimentar, presente na preocupação de manutenção da fonte geradora de riqueza e renda, promotora de empregos e participante do âmbito econômico já se

apresentava nas palavras do Senador Ramez Tebet, no parecer da Comissão de Assuntos Econômicos, sobre o PLC nº 71/2003 que se transformou na Lei 11.101/2005, abaixo:

Nesse sentido, nosso trabalho pautou-se não apenas pelo objetivo de aumento da eficiência econômica - que a lei sempre deve propiciar e incentivar - mas, principalmente, pela missão de dar conteúdo social à legislação. O novo regime falimentar não pode jamais se transformar em bunker das instituições financeiras. Pelo contrário, o novo regime falimentar deve ser capaz de permitir a eficiência econômica em ambiente de respeito ao direito dos mais fracos.

O senador demonstra a necessidade de manutenção dos postos de trabalho, nas empresas que são passíveis de recuperação e superação da crise, com o fim de evitar o desemprego advindo da falência das atividades empresárias:

É nessa perspectiva que o projeto traz como grande novidade instrumentos, hoje inexistentes, que permitirão às empresas recuperáveis a superação de conjunturas adversas. Pode haver objetivo mais favorável aos trabalhadores do que esse? O que se pretende é dar condições às empresas viáveis de se manterem ativas. É claro que, muitas vezes, serão necessárias profundas reorganizações administrativas. Mas o importante é que os trabalhadores não sejam vitimados pelo efeito social mais deletério das falências: o desemprego que decorre da desintegração pura e simples de empresas falidas.

O foco principal dessa nova legislação está nas empresas viáveis economicamente, ou seja, aquelas que, apesar de estarem passando por dificuldades, têm condições de manter a produção, os empregos e tudo o que a ela está relacionado. Fázio Júnior (2006, p. 36) entende “só deve ser liquidada a empresa inviável, ou seja, aquela que não comporta uma reorganização eficiente ou não justifica o desejável resgate”, para estas, a lei cuidou de estabelecer o procedimento falimentar, sendo o mais eficiente para auxiliar devedor e a coletividade de credores a maximizarem os ativos a fim de resolverem a crise da forma mais equânime e igualitária para todos os envolvidos.

A demonstração de viabilidade econômica da empresa é fundamental para o embasamento do plano de recuperação judicial ou extrajudicial a ser proposto aos credores. Tal se fará por meio do plano de recuperação que deverá apresentar elementos e indicações de que ao ser concedida ou homologada a recuperação, a empresa gerará riqueza suficiente para o cumprimento das obrigações assumidas, caso a situação não seja essa, a falência será o único caminho.

Tal exigência está relacionada à função social da atividade empresária. Esse também é o entendimento de Nunes e Barreto (2006, p. 310) para quem “a recuperação parte do princípio de que a empresa não desempenha um papel meramente privado ou atomístico, transcendendo os limites dos interesses de seus proprietários para cumprir uma função social” que está relacionada à geração de empregos, atendimento aos clientes, pagamento de impostos e dos credores, dentre outras situações.

Maia (2008, p. 53) afirma que “não se pode, portanto, pensar em recuperação judicial, tampouco aplicar o direito inerente aos seus institutos e instituições, sem recorrer ao prisma da função social”. Se a empresa não é viável do ponto de vista econômico-financeiro e, portanto, não cumpridora de sua função social, resta claro que o instituto da recuperação judicial não deve ser por ela utilizado para tentativa de soerguimento.

O instituto da recuperação só se justifica quando, nas palavras de Lisboa (2005, p. 53):

Há a perspectiva de que a reestruturação da empresa resultará em valor econômico superior ao valor montante obtido pelos credores com a liquidação imediata dos ativos existentes. A recuperação deve ser incentivada, pois preserva produção, empregos e capacidade de geração de tributos. Mas esse enfoque não deve ser pleno a ponto de manter em funcionamento empresas sem perspectivas, o que implicaria na gradual deteriorização dos ativos ainda existentes. Para isso foi desenvolvido um regime falimentar balanceado, capaz de permitir a rápida alienação de ativos e conseqüente distribuição dos recursos arrecadados entre diversos credores.

Este estudo analisa a possibilidade de recuperação judicial ou extrajudicial para as Sociedades em Comum que são viáveis economicamente, ou seja, têm condições de se manterem operantes no mercado após passarem por um período de reorganização e reestruturação. Este direito deve ser defendido se tais sociedades cumprirem com a sua função social, ou seja, nas palavras de Bezerra Filho (2007, p. 136) não sendo viável, a única hipótese é a decretação da sua falência para não venham a atrapalhar o ambiente econômico.

A legislação recuperacional prevê uma série de requisitos a serem cumpridos pela atividade empresária que se dispõe a intentar um processo de recuperação judicial ou a homologar o de recuperação extrajudicial. Nessas hipóteses, nos termos dos arts. 48 e 161, para que a sociedade com problemas

econômico-financeiros possa fazer uso do benefício legal, ela deverá estar: a) regularmente constituída há pelo menos dois anos; b) não pode ter falido, ou tendo falido, deve estar com as responsabilidades decorrentes da falência declaradas extintas por sentença; c) não ter obtido nos cinco anos anteriores o benefício da recuperação judicial (oito anos se beneficiada pela recuperação especial para micro e pequenas empresas); d) não ter o falido sido condenado por crime falimentar.

O primeiro requisito será analisado de forma bastante detalhada no item a seguir, que trata da interpretação abordada neste estudo acerca da possibilidade de recuperação da Sociedade em Comum ante a inexistência de registro perante a Junta Comercial.

Quanto ao segundo, a sociedade empresária ou o empresário individual não podem estar falidos. Bezerra Filho (2007, p. 138) entende que a legislação está falando especificamente dos sócios de responsabilidade ilimitada que tiveram a falência de sua atividade anterior decretada, nos termos dos art. 81 e 190, e também ao empresário individual que teve sua falência decretada. O autor ainda inclui as pessoas físicas que tiveram patrimônio atingido em razão da desconsideração da personalidade jurídica, pois são equiparados aos sócios de responsabilidade ilimitada.

Coelho (2007, p. 48) afirma que “o instrumento da recuperação judicial, no direito brasileiro, não é acionável por quem já teve a quebra decretada. Apenas os devedores em estado de pré-falência podem ser socorridos pelo recuperação judicial.”, na hipótese em que a falência já foi decretada, não há o que possa ser recuperado.

Para Vigil Neto (2008, p. 149), “em outras palavras, ninguém poderá, ao mesmo tempo, encontrar-se em processo de falência e em processo de recuperação judicial”. Entende a legislação que há incompatibilidade entre um instrumento, vinculado ao regime liquidatório, que é a falência, e o outro regime alternativo à liquidação, que é a recuperação.

A outra hipótese abordada pelo requisito está na situação em que houve a declaração de falência, mas as responsabilidades que dela decorreram foram declaradas extintas, mediante sentença definitiva que ocorrerá da seguinte forma: com a decretação da falência, cabe ao administrador judicial arrecadar os bens do falido, para que possam ser avaliados e vendidos para o pagamento da totalidade dos credores da massa. Para Vigil Neto (2008, p. 149) “Se não mais existirem bens,

o juiz encerrará o processo e se, ao encerrar, verificar que todos os credores foram pagos, na sentença de encerramento irá declarar a extinção das obrigações”. Todavia, se não existem mais bens, porém, restaram dívidas a serem pagas, a falência será encerrada, porém sem a declaração de extinção das obrigações. Na primeira situação, a recuperação judicial ou extrajudicial poderia ser manejada, pois o falido encontra-se reabilitado, enquanto na segunda, haveria impossibilidade.

O terceiro requisito está relacionado ao fato de não ter recebido igual benefício em prazo inferior a cinco anos, para a recuperação que tenha por base o plano geral, previsto no art. 50 da LREF, e de oito anos para os planos especiais voltados para as micro e pequenas empresas, com previsão no art. 70 da lei.

A opinião dos doutrinadores é bastante divergente quanto a este requisito, razão pela qual dois posicionamentos serão aqui mencionados. Por um lado, Coelho (2007, p. 124) entende que se a atividade empresária está precisando de novo socorro judicial, em prazo inferior a cinco anos, “isto sugere falta de competência suficiente para exploração da atividade econômica em foco”. Por outro lado Fazzio Júnior (2006, p. 158) entende que os requisitos não são justos, embora sejam razoáveis:

Embora sejam razoáveis os motivos de impedimento, ainda assim não parece justo. Se o agente econômico anteriormente pleiteou, obteve e cumpriu recuperação judicial, não há por que privá-lo de obtê-la de novo. Realmente, não existe uma razão lógica que transforme o agente econômico que cumpriu proposta de recuperação em impedido de usufruí-la novamente. Crise econômico-financeira não acontece uma vez só e as mesmas razões que aconselham uma recuperação judicial (sobrevivência da empresa, estabilidade do mercado, direitos sociais etc.) justificam outra. [...] Conquanto o fito legal seja o de impedir que os agentes econômicos sobrevivam às expensas de sucessivas recuperações, não há como negar que aquele que já cumpriu, com exatidão, proposta anterior, no lapso quinquenal, além de ter evidenciado sua honestidade, não está livre de ser, novamente, premido por conjuntura financeira desfavorável, quem nem sempre poderá ser debitada à sua eventual má gestão da empresa.

Diante dos dois posicionamentos, entende-se que dependendo da conjuntura econômica, tal requisito poderá ser relativizado, posto que nem sempre os problemas financeiros das empresas estão relacionados à má gestão, mas há que se considerar hipóteses estranhas à gestão, entre elas, crises mundiais, inflação, grande flutuação no mercado de câmbio, dentre outras situações. Caberá ao Judiciário uma análise mais apurada das condições que levaram a atividade empresária a se socorrer mediante o benefício da recuperação em prazo inferior a 5

anos para o plano geral ou 8 anos para o plano especial.

O último requisito analisado é o que trata da condenação do administrador ou sócio controlador, ou empresário individual, por crimes previstos na Lei 11.101/2005. Bezerra Filho (2007, p. 139) diz que esse inciso trata-se do que os doutrinadores chamavam de “pessoalidade” da legislação falimentar, na égide do Decreto anterior, que além de não promover a manutenção da atividade, “ainda impedia que a sociedade empresarial, mesmo que saneada e em boas condições, porém em crise passageira, pudesse de valer da então concordata, ante os problemas pessoais que atingiam determinado administrador ou sócio controlador”.

Nos termos estabelecidos pelo inciso, é necessário que haja sentença condenatória com trânsito em julgado, do contrário, não há que se falar na impossibilidade de cumprimento do requisito. Na hipótese em que tenha sido reabilitado o sócio controlador ou o administrador condenado, o requisito é considerado cumprido. Há que se lembrar que a lei considera que “o controle ou a administração da empresa em crise por criminoso é indicativo de potencial uso indevido do instituto”, conforme Coelho (2007, p. 48), razão pela qual prefere mantê-los afastados enquanto não esteja extinta a punibilidade dos agentes por crime falimentar.

Outra importante crítica é trazida por Fazzio Júnior (2006, p. 159) ao estabelecer que a lei fala apenas em crimes falimentares, ou seja, previstos na legislação específica, qual seja, Lei 11.101/2005, para inabilitação do agente econômico ao pleitear a recuperação de sua empresa, excluindo-se os crimes patrimoniais, contra fé-pública, contra a administração, contra a ordem econômica e os previstos na lei de propriedade industrial e na lei de licitações. Para o autor “parece incrível, mas estelionatários, falsificadores, peculatórios e contrabandistas, por exemplo, podem ser agraciados com a recuperação judicial se suas empresas ou empresas que dirigem entrarem em crise econômico-financeira”.

É importante que fique claro que o devedor a qualquer tempo poderá propor uma recuperação de maneira extrajudicial aos seus credores, sem que para isso tenha cumprido os requisitos acima elencados. Todavia, se o devedor desejar que o plano de recuperação extrajudicial venha a ser homologado pelo Judiciário, deverá preencher tais requisitos. Esse também é o entendimento de Bezerra Filho (2007, 359) “o devedor não está obrigado a preencher os requisitos do art. 48 para propor o plano de recuperação extrajudicial – apenas deverá estar ciente de que, se não

houver o preenchimento desses requisitos, o plano não será passível de homologação judicial ou, pelo menos, não criará obrigatoriedade para os não aderentes”.

Quanto à recuperação judicial, tais requisitos deverão ser justificados, cabendo ao Judiciário a análise dos fatos e sua possível relativização, principalmente no que diz respeito às críticas acima estabelecidas.

Analisa-se, na sequência os aspectos da vedação legal pertinente às Sociedades em Comum e a necessidade de alteração legislativa a fim de permitir a recuperação para empresas viáveis do ponto de vista econômico, ainda que não estejam formalmente constituídas.

4.1 INTERPRETAÇÃO DA PROIBIÇÃO DO ART. 48, *CAPUT* E DO ART. 161 DA LEI 11.101/2005

A recuperação, seja judicial ou extrajudicial, é um regime jurídico que pode ser concedido pelo Poder Judiciário para possibilitar o serguimento da sociedade empresária ou empresário individual. Todavia, o Poder Judiciário não age de ofício, ao contrário, deve ser provocado pela parte interessada, que deverá ser legítima para pleitear o procedimento.

Vigil Neto (2008, p. 145) entende que a legitimidade está relacionada à possibilidade de manejar uma ação de Direito Processual e se desdobra em pressupostos e requisitos. Entre os pressupostos, está a necessidade de ser devedor e a qualidade de empresário, enquanto entre os requisitos, cita a regularidade temporal, objeto deste subitem, além dos demais que foram acima analisados, estes presentes nos incisos do art. 48.

Vale analisar a necessidade de ser devedor para que seja parte legítima no procedimento de recuperação, essa é a previsão da primeira parte do *caput* do art. 48: “poderá requerer recuperação judicial o devedor”, situação em que, o credor fica afastado do exercício do direito de ação no que diz respeito à recuperação, embora o mantenha nas hipóteses de falência, conforme previsão do art. 97, inciso IV. Coelho (2007, p. 123) entende que apenas se o titular da empresa tiver interesse em utilizar-se da recuperação, é que ela poderá ocorrer, “se credores, trabalhadores, sindicatos ou órgão governamental tiverem um plano para a reorganização da atividade econômica em estado pré-falencial, não poderão dar início ao processo [...]

caso o devedor não tenha interesse ou vontade de fazê-lo”

O §1º do art. 48 prevê a possibilidade do cônjuge sobrevivente, dos herdeiros do devedor, e também do sócio remanescente, de pleitearem a recuperação. Trata-se de uma legitimidade secundária, em razão do interesse maior advindo da atividade econômica organizada e não do próprio requerente em si.

É importante também analisar a qualidade de empresário para então definir se as Sociedades em Comum cumprem com os pressupostos legais para se beneficiar da possibilidade de recuperar-se judicial ou extrajudicialmente.

O artigo 966 do Código Civil Brasileiro considera “empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços”.

O mesmo artigo, em seu parágrafo único exclui do conceito de empresário aqueles que exercem “profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

Conforme Gonçalves Neto (2008, p. 70) "não é empresário quem exerce atividade intelectual por qualquer meio, organizadamente ou não, em caráter profissional ou não, qualquer que seja o volume, intensidade ou quantidade de sua produção." Neste mesmo sentido, estabelece o Enunciado 193 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, que “O exercício de atividade de natureza exclusivamente intelectual está excluído do conceito de empresa”. Essa exclusão refere-se ao profissional intelectual que não constitua elemento empresarial, ou seja, que não esteja voltado para a produção ou circulação de bens e serviços. Caso estejam, essas atividades enquadram-se na natureza econômica, portanto, caracterizadas entre as atividades empresariais.

Para entender o que a legislação quer dizer quando expõe “salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”, importante analisar o exemplo trazido por Pimentel (2010, p. 15), *retro*:

Mas o que vem a ser elemento de empresa? É fácil, imaginemos um famoso pintor de quadros, proprietário de um *atelier*, onde emprega variados profissionais, entre atendentes, telefonistas, secretarias e outros ligados a mesma arte, pintando e colocando a venda telas a similitude do fundador do negócio. Enfim, a dimensão econômica conquistada com o seu intelecto ultrapassou a sua aptidão primitiva para o ofício, tanto que, se ele parar de pintar, objetivando apenas conduzir o empreendimento, o mesmo

podera continuar sem maiores consequências. Neste contexto, ele reúne todas as condições de ser classificado como empresário.

Se a atividade desenvolvida objetivar uma dimensão econômica que ultrapasse a aptidão primitiva, há que se falar em atividade empresária, logo, passível de enquadramento no regime jurídico empresarial estabelecido pelo Código Civil Brasileiro.

Depois de analisar aqueles a quem o código civil não considera empresário, o art. 966 estabelece três atributos fundamentais, quais sejam, a profissionalidade, a organização e a economicidade. Na conjugação destes três requisitos, é que se encontra a figura típica do empresário.

A profissionalidade está relacionada a fazer o exercício da atividade econômica de forma principal e habitual, isso significa que deve ser contínua. Atos isolados não são empresários, ainda que tenham conteúdo econômico. Para Verçosa (2004, p. 120) “importa que a atividade corresponda a um constante repetir-se, não podendo tratar-se da realização de um negócio ocasional de compra e venda ou de mediação”. O caráter profissional da atividade econômica já era previsto na Teoria dos Atos de Comércio, que estava relacionada a prática habitual de compra e venda de mercadorias. Para que fosse considerado comerciante, o agente deveria tornar a atividade seu ofício, não bastando operações eventuais.

O segundo requisito é a organização. Pimentel (2010, p. 14) assevera que a organização está relacionada à “necessidade de o exercente da atividade econômica aparelhar-se de forma adequada para o desempenho de sua profissão”, para isso deverá dispor de capital, mão de obra, insumos, tecnologia, além de todo aparato necessário para o exercício. Exemplo disso é alguém que circule pequena quantidade de produtos, com pouca movimentação financeira, mas, ainda assim, precisa de instalações compatíveis com a sua atividade. A organização concebe um conjunto de bens organizados que são destinados à exploração da atividade, ou seja, ao exercício da empresa.

Coelho (2007, p. 11 e 12) afirma que se não há organização dos fatores de produção, não há que se falar em atividade empresária, abaixo:

A empresa é atividade organizada do sentido de que nela se encontram articulados, pelo empresário, os quatro fatores de produção: capital, mão de obra, insumos e tecnologia.
[...]

Não é empresário quem explora atividade de produção ou circulação de bens ou serviços sem alguns desses fatores. O comerciante de perfumes que leva ele mesmo, à sacola, os produtos até os locais de trabalho ou residência dos potenciais consumidores explora atividade de circulação de bens, fá-lo com intuito de lucro, habitualidade e em nome próprio, mas não é empresário, porque em seu mister não contrata empregado, não organiza mão-de-obra. A tecnologia, ressalte-se, não precisa ser necessariamente de ponta, para que se caracterize a empresarialidade. Exige-se apenas que o empresário se valha dos conhecimentos próprios aos bens ou serviços que pretende oferecer ao mercado – sejam sofisticados ou de amplo conhecimento – ao estruturar a organização econômica.

A despeito de importante consideração do doutrinador, contesta-se porque, principalmente nos dias atuais, a tecnologia está a cada dia mais presente. A doutrina majoritária tem entendido que a organização dos fatores de produção não é absolutamente imprescindível para a caracterização do empresário. Escreve Franco (2004, p. 51) para quem o requisito organização deve ser analisado em seu sentido mais amplo, considerando organizada as atividades que são realizadas de maneira profissional que tenha por objeto a produção ou circulação de bens ou serviços, que não seja organizada de maneira improvisada.

Cita-se também Verçosa (2004, p. 126) para quem não há necessidade da exploração de outra fonte de mão-de-obra que não a do próprio empresário, desde que presentes os outros elementos essenciais, para o reconhecimento da atividade empresarial. O autor cita a hipótese de um empresário individual ou uma sociedade empresária onde haja somente dois sócios e as atividades são totalmente realizadas de maneira automatizada, onde não dependa de qualquer empregado ou prestador de serviço, utilizando-se apenas de robôs ou informática.

Essa atividade que é organizada e profissional deve ter sentido econômico, conforme estabelecido pelo Código Civil, visando produzir ou circular bens ou serviços, do contrário, não há que se falar em atividade empresarial. Sob a égide do Código Comercial, e a teoria dos atos do comércio, as atividades econômicas eram elencadas em lei, para que houvesse incidência do regime jurídico comercial. Todavia, o Código Civil atual inovou e, de acordo com a teoria da empresa qualquer atividade econômica pode estar submetida ao regime jurídico empresarial, desde que seja organizada, profissional e com fim lucrativo.

O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o Resp nº 623367/2004 entendeu que o profissionalismo está relacionado a exploração da atividade econômica, com intuito de auferir lucro, abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ADMINISTRATIVO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. ISS. CONTRIBUINTE DO IMPOSTO. EMPRESA. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ECONÔMICA. FINALIDADE LUCRATIVA. ENQUADRAMENTO NÃO-CARACTERIZADO.

2. O novo Código Civil Brasileiro, em que pese não ter definido expressamente a figura da empresa, conceituou no art. 966 o empresário como "quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços" e, ao assim proceder, propiciou ao interprete inferir o conceito jurídico de empresa como sendo "o exercício organizado ou profissional de atividade econômica para a produção ou a circulação de bens ou de serviços".

3. Por exercício profissional da atividade econômica, elemento que integra o núcleo do conceito de empresa, há que se entender a exploração de atividade com finalidade lucrativa.

Mello Franco (2004, p. 47) entende que a ideia de lucro está baseada na utilidade, ou seja, "é lucrativa a atividade que produz uma utilidade, e não somente aquela que se traduz em dinheiro". Para a autora, o critério da economicidade é extremamente fundamental, pois "a atividade deve produzir o suficiente para, pelo menos, remunerar os fatores da produção e, dentre eles, o capital investido, de molde a assegurar, por si mesma, a sua sobrevivência". Se a atividade não produz o mínimo necessário para a sua sobrevivência, deixa de ser útil ao mercado.

Ainda no quesito economicidade, há que se falar na necessidade de que os bens produzidos ou os serviços prestados sejam destinados ao mercado e não ao consumo próprio, conforme adverte Verçosa (2004, p. 124-125) "a destinação dos produtos da empresa para o mercado é, justamente, um dos elementos diferenciadores entre a atividade do empresário e a de outros sujeitos que também exercem atividade econômica".

Considerando os dois requisitos materiais estabelecidos para a configuração da atividade empresarial (ser devedora e empresária), legitimando o direito de pleitear o deferimento da recuperação judicial ou a homologação da recuperação extrajudicial, vale estabelecer de que forma a Sociedade em Comum aqui se enquadraria em face dos seguintes argumentos:

- i) a Sociedade em Comum pode ser devedora, visto que assume relações obrigacionais com fornecedores, trabalhadores, consumidores, além do Fisco. Essas dívidas são passíveis de cobrança judicial, mediante processo de execução, caso haja título executivo, ou mediante processo de conhecimento, na inexistência dele. Nessas hipóteses, os sócios é que serão os responsáveis pela dívida, depois

de esgotado o patrimônio especial destinado ao exercício da atividade;

ii) no que tange à empresariabilidade, ela conjuga três requisitos essenciais, conforme art. 966 do Código Civil: a profissionalidade, a organização e a economicidade. Se a Sociedade em Comum faz de sua atividade algo habitual, exercido com regularidade, de onde retira o sustento dos seus sócios e funcionários, não há que se falar, na inexistência de profissionalismo, mesmo que inexista registro dos seus atos constitutivos. Para o exercício dessa atividade profissional, a Sociedade em Comum utiliza-se de um conjunto de bens, de capital investido inicialmente pelos sócios, de tecnologia, ainda que esta não seja de ponta e de mão-de-obra. Não existe Sociedade em Comum se não houver um patrimônio especial, separado pelos sócios para exploração da atividade, é o que dispõe o art. 988 do Código Civil, patrimônio este que conjuga dívidas e bens. A mão-de-obra pode ser dispensada na hipótese de atividade altamente mecanizada, que independa de funcionários ou prestadores de serviço para a realização. Afirma-se que, ao explorar atividade própria de empresário, qual seja, a produção e circulação de produtos ou serviços de forma habitual, profissional e organizada, a Sociedade em Comum é uma sociedade empresária, como já discutido no item 3.2.

Assim, por ser devedora e empresária, a Sociedade em Comum sujeita-se ao regime previsto na Lei 11.101/2005 para a sua recuperação.

Além dos requisitos materiais já elencados, a legislação falimentar estabelece requisitos formais para a concessão da recuperação judicial ou homologação da extrajudicial. É isso o que se passa a expor.

O art. 48 da lei 11.101/2005 traz o primeiro requisito formal para o deferimento ou homologação da recuperação, qual seja, o lapso temporal de dois anos de regularidade das atividades da empresa. Mas, como interpretar esse período?

Importante fazer uma separação entre o período estabelecido pela legislação, que é de dois anos, e a necessidade de formalização das atividades da empresa por meio do registro.

O período de dois anos mencionado na lei é bastante justificável, vez que problemas financeiros em tempo inferior a esse podem denotar falta de habilidade

na condução os negócios. Diferente não é o entendimento de Manoel Justino Bezerra Filho (2007, p.137):

À semelhança do que exigia a lei anterior (art. 158, I), este art. 48 inicia a listagem dos impedimentos ao pedido de recuperação, excluindo de seu âmbito o empresário com menos de dois anos de atividade regular, entendendo que não seria razoável que, em prazo inferior a este, viesse o devedor a colocar-se em situação na qual necessitasse de socorro judicial para recuperação. Tal fato denotaria uma inabilidade tão acentuada para a atividade empresarial que a Lei prefere que, em casos assim, seja negada a possibilidade de recuperação.

Nesse mesmo sentido é o magistério de Coelho (2007, p. 124):

Não concede a lei o acesso à recuperação judicial aos que exploram empresa há menos tempo, por presumir que a importância desta para a economia local, regional, ou nacional ainda não pode ter-se consolidado. Não teria havido tempo suficiente para configurar-se a contribuição daquela atividade como significativa a ponto de merecer o sacrifício derivado de qualquer recuperação judicial.

Esse período de dois anos abordado pela lei demonstra a capacidade de recuperação da empresa, posto que ela já vinha desenvolvendo suas atividades há algum tempo. Por ser um benefício que acarreta a novação dos créditos, é necessário um período mínimo de exercício para que se comprove a possibilidade de a atividade se manter operante no mercado.

Por esse motivo é bastante sensato a exigência de condicionar a recuperação ao exercício da atividade por pelo menos dois anos. Porém, não é o legislador ponderado ao analisar a questão da necessidade de inscrição junto ao órgão competente, com o intuito de tornar a empresa regular.

Muitos doutrinadores asseveram que a regularidade está atrelada à inscrição perante o órgão competente, no caso brasileiro, a Junta Comercial. Pode-se citar Fázio Júnior (2006, p. 157) ao dizer que “a prova do exercício regular da atividade econômica há mais de dois anos deve ser feita por meio da certidão da Junta Comercial do Estado onde se situa a empresa”, além de Bezerra Filho (2007, p. 137) que afirma ser a prova desta exigência bem simplista “bastando juntar certidão da Junta Comercial, comprovando a regularidade da empresa”.

Em sentido contrário, já existe jurisprudência. A relatora Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, no Resp nº 1.193.115/MT, entendeu que o devedor que busque o amparo legal para a recuperação judicial deva comprovar o

exercício de suas atividades por mais de dois anos, porém a lei não é clara quanto aos meios de comprovação dessa condição, sendo que a inscrição na Junta Comercial não seria o único meio de comprovação, citou o exemplo do cadastro de contribuinte perante a Secretaria da Fazenda do Estado, considerando-a prova apta para este fim. Para ela, “a condição de empresário, exigida pela Lei de Recuperações e Falências, não resultaria do registro, mas do efetivo exercício de atividade profissional”.

O Des. Pereira Calças, do Tribunal de Justiça de São Paulo, no Agravo de Instrumento nº 604.160.4/8-00, utilizando-se de antiga lição trazida por Miranda Valverde, ainda sob a égide do Dec-Lei 7.661/45 afirma que a legislação falimentar tem o condão de beneficiar também aquele que, embora não esteja formalizado, busca-o fazer com o objetivo de pleitear a recuperação de empresa, que é o que se pretende com esse estudo, abaixo:

Uma das principais inovações do atual diploma, ao abolir a concordata preventiva, que foi substituída pela recuperação judicial, foi a de deixar de considerar o novo instituto como um favor legal (como ocorria com a concordata), outorgando-lhe a natureza de autêntico contrato celebrado entre empresário em crise e seus credores. Nesta linha, não se justifica deixar de permitir aos credores a apreciação do plano de recuperação judicial da empresa em crise econômico-financeira, sob o argumento de que ela não está inscrita no Registro de Empresas há mais de dois anos, afastando-a da recuperação pretendida, em virtude de uma formalidade legal.

Este também é o posicionamento de Pacheco (1999, p. 641) que traz importante consideração acerca do tema, sob o prisma do Decreto-lei 7.661/45 que trazia dispositivo semelhante ao que se encontra na legislação atual:

Pode-se provar o exercício regular do comércio por outro meio que não seja o arquivamento ou a inscrição no registro do comércio? Em se tratando de falência, não dá a lei ao registro do comércio importância maior que qualquer outro elemento idôneo, no sentido de provar o exercício do comércio.

Guimarães (2008, p. 237) cita o Representante do *Parquet*, Dr. Moacir de Barros Melo, no Mandado de Segurança nº 211.365, do Tribunal de Justiça de São Paulo: “a melhor orientação é a que liberaliza a contagem do biênio legal, dado que exercer regularmente o comércio não significa estar registrado na Junta Comercial”. E na continuidade Guimarães (2008, p. 238) contribui para a discussão em tela, *retro*:

Afigura-se por conseguinte, de meridiana clareza que o novo texto legal esclareceu a situação ao exigir o exercício regular das atividades do devedor impetrante há mais de 2 (dois) anos contados da distribuição de ser pedido de recuperação judicial, conferindo à expressão “exercício regular”, não a conotação de regularidade da situação do devedor perante a Junta Comercial respectiva, mas sim de efetivo exercício de suas atividades [...].

Marzagão (2005, p. 84) afirma que “prova deverá ser feita através da juntada dos documentos comprobatórios dos atos constitutivos”, comprovando o exercício regular da atividade por meio da apresentação dos livros obrigatórios “de sorte que, na conformidade do diploma anterior, o devedor que não fizer a prova idônea da regularidade da atividade empresarial de fato estará impedido de requerer a recuperação judicial”. Mais uma vez, resta claro que o registro não é o fundamental para a concessão da recuperação judicial e sim a comprovação da atividade empresarial por qualquer meio em direito admitido.

Vale ressaltar que a legislação falimentar estabelece em seu art. 1º que tal lei é disciplinadora da “recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária”, remetendo o intérprete da lei para o art. 966 do Código Civil, acima detalhado, de onde se depreende o conceito legal de tais institutos. Não há qualquer menção quanto à necessidade de arquivamento perante o Registro Público de Empresas Mercantis, razão pela qual se entende que a ausência de inscrição não é razão apta para o indeferimento do pedido de recuperação, principalmente porque no caso das Sociedades em Comum, os elementos caracterizadores da figura de empresário estão fielmente comprovados.

É o entendimento do Enunciado nº 198, aprovado na III Jornada de Direito Civil realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, “a inscrição do empresário na Junta Comercial não é requisito para a sua caracterização, admitindo-se o exercício da empresa sem tal providência. O empresário irregular reúne os requisitos do art. 966, sujeitando-se às normas do Código Civil e da Legislação Comercial”, com exceção daquilo que forem incompatíveis.

Continuando a análise, o art. 2º da Lei 11.101/2005 exclui expressamente do seu rol de incidência as empresas públicas e sociedades de economia mista, as instituições financeiras, sejam elas públicas ou privadas, as cooperativas de crédito, as entidades de previdência complementar, as sociedades operadoras de plano de assistência a saúde, as sociedades seguradoras, as sociedades de capitalização, e

outras entidades que a estas sejam equiparadas. Em nenhum momento ela cita as Sociedades em Comum ou sem registro perante o órgão competente entre as excluídas da aplicação da lei, posto que a lei destina-se à generalidade de pessoas, sejam físicas ou jurídicas que ostentem a qualidade de empresários, com exceção das mencionadas acima.

Não é possível que a exclusão das Sociedades em Comum decorram da própria legislação falimentar ou do Código Civil que a tratou como ente despersonalizado, uma vez que, como já analisado acima, o registro não é condição necessária para a configuração do empresário, o qual é o sujeito ativo da recuperação de empresa. Assim se posiciona Wald (2005, p. 48) “Deve ser salientado, todavia, que a aquisição da situação de empresário não decorre de ato de vontade ou do adimplemento de determinada formalidade. A empresa é atividade e o seu desenvolvimento já é suficiente para atribuir a qualidade de empresário”,

A sanção imposta ao empresário que não formalizou seu registro deve ser buscada na seara empresarial e, de acordo com Wald (2005, p. 48) dentro daquilo que o próprio código civil estabeleceu:

Apesar da obrigatoriedade prevista no art.967, entendemos que a sanção para a irregularidade do exercício da atividade empresarial, assim como ocorria com o comerciante regular, deva ser buscada na área comercial, isto é, retirando do empresário irregular o direito à alguns privilégios oriundos da sua condição de empresário, como aqueles relativos à falência ou à responsabilidade patrimonial, por exemplo. Ressalte-se todavia, que o art. 1151, §3º do novo código civil faz menção como consequência da falta de registro, apenas a possibilidade daquele que não efetuou o registro ou o fez tardiamente, em indenizar o terceiro eventualmente prejudicado.

Nesse sentido, diante da recuperação de empresa, o empresário informal, como é a Sociedade em Comum, deixa de ter o privilégio da separação patrimonial, de forma que a responsabilidade pelo cumprimento do plano recai também sobre os bens dos sócios, depois de esgotado o patrimônio especial destinado a exploração da atividade.

Por derradeiro, ao analisar essa questão é importante atender às finalidades a que se destinam a Lei 11.101/2005. Os princípios que orientaram a sua elaboração, devem orientar sua interpretação e aplicação, com o objetivo de manter o sistema de produção e circulação de bens e serviços, a proteção ao direito dos credores e a preservação dos postos de trabalho envolvidos na atividade, seja direta ou indiretamente, conforme art. 47 da lei.

Posto que o objetivo da recuperação é viabilizar a superação de uma situação de crise econômico-financeira e, com isso, preservar a fonte produtora de empregos e renda, vedar a recuperação das Sociedades em Comum é ir na contramão dos princípios basilares da legislação falimentar, principalmente quando da preservação da atividade empresária viável economicamente. Esse entendimento decorre da nova roupagem da recuperação de empresa, que deixou de ser um favor legal como era a concordata preventiva, passando a ter natureza contratual, onde cabe aos credores a aprovação ou não do plano de recuperação. Assim se posiciona Imhof (2012, p. 206):

A Lei 11.101,2005, ao contrário do que ocorria com a concordata preventiva prevista no revogado Dec-Lei 7.661/45, não considera a recuperação judicial – que substituiu a antiga concordata – um favor legal, mas outorga-lhe natureza contratual, visto que confere aos credores da empresa em crise econômico-financeira o direito de aprovar ou rejeitar o plano de recuperação.

As sociedades apresentam seus atos a arquivamento com o intuito de dar publicidade dos atos jurídicos que a constituíram. Não é o registro que possibilitará o caráter empresarial da sociedade, mas a sua atividade. Ou seja, ainda que não possua o registro de seus atos, a Sociedade em Comum, é uma sociedade empresária, de acordo com o previsto no Código Civil.

4.1.1 A natureza declaratória do registro empresarial

No Brasil, conforme exposto, o registro das atividades empresariais está a cargo das Juntas Comerciais, de acordo com a regulamentação dada pela Lei 8934 de 18 de novembro de 1994, que em seu art. 8º, inciso I, dispõe sobre a incumbência das Juntas Comerciais em “executar os serviços previstos no art. 32”, da mesma lei. Elas são as responsáveis pela administração e execução dos atos de registro, ou seja, pelo arquivamento dos atos constitutivos das atividades empresariais.

O art. 10 do Código Comercial de 1850 já trazia obrigatoriedade de registro para as atividades comerciais, nos seguintes termos:

Art. 10 – Todos os comerciantes são obrigados:
[...]

2 – A fazer o registrar no Registro do Comércio todos os documentos, cujo registro for expressamente exigido por este Código, dentro de 15 (quinze) dias úteis da data dos mesmos documentos (art. nº 31), se maior ou menor prazo se não achar marcado neste Código.

Costa (1994, p. 71), ao comentar o Código Comercial de 1850, é muito claro quando afirma que “o registro não é constitutivo de direito entre nós e, quando muito, pode servir como princípio de prova da qualidade de comerciante”, nessa hipótese, conforme Requião (1993, p. 105) “é preciso acentuar que o registro dos atos de comércio não é constitutivo de direitos”, ou seja, o registro em si não trazia novos direitos para os comerciantes, apenas servia de indicativo de que a sociedade estava realizando atividade de mercância.

O Código Civil Brasileiro em seu art. 967 faz a menção acerca da necessidade de inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis, ou seja, nas Juntas Comerciais, da respectiva sede, antes de dar início às suas atividades. Embora o art. estabeleça a obrigatoriedade do registro, não estabeleceu qualquer sanção, o que deixou margem para que as atividades empresárias permanecessem sem essa formalização. Silva (2007, p. 116) afirma que “a sanção pelo descumprimento da norma não será a perda da caracterização jurídica de empresário”, ou seja, mesmo não tendo registro, a sociedade pelo exercício de função típica de empresário, será considerada empresária para os devidos fins.

Da mesma maneira se posiciona Ramos (2009, p. 73):

Saliente-se, porém, que a inscrição, embora seja uma formalidade legal imposta pela lei a todo e qualquer empresário ou sociedade empresária – com exceção da situação dos exercentes de atividade rural – como visto, não é requisito para a caracterização do empresário e sua conseqüente submissão ao regime jurídico empresarial. Quer se dizer com isso que caso o empresário ou a sociedade empresária não se registrem na Junta Comercial antes do início de suas atividades, tal fato não implicará a sua exclusão do regime jurídico empresarial nem fará com que eles não sejam considerados, respectivamente, empresário individual e sociedade empresária. [...] Sendo assim, se alguém começa a exercer profissionalmente atividade econômica organizada de produção ou circulação de bens ou serviços, mas não se registra na Junta Comercial, será considerado empresário e se submeterá às regras do regime jurídico empresarial [...].

O registro é feito mediante “arquivamento”, nos termos da legislação correspondente, dos atos constitutivos da sociedade empresária, do empresário individual ou do empresário individual de responsabilidade limitada. A finalidade do

registro é estabelecida pela Lei 8.934/1994, em seu art. 1º inciso I, para “dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis”. Diante disso, cabe a pergunta: o registro empresarial é declaratório ou constitutivo da condição de empresário?

Os registros de um modo geral podem ser de três espécies, quais sejam, constitutivos, comprobatórios e publicitários. Pelo exposto no inciso acima, depreende-se que o escopo do registro empresarial não é constituir uma atividade empresária e seus consequentes direitos, ao contrário, é dar basicamente publicidade aos seus atos jurídicos frente a terceiros.

Campinho (2008, p. 28-30) é contundente ao defender que o registro é declaratório da qualidade de empresário e não constitutivo, “o arquivamento dos atos constitutivos das firmas individuais ou das sociedades na Junta Comercial não assegura, pelo só efeito do registro, a condição de empresário que se verifica pelo exercício profissional da atividade que lhe é própria, tal qual definida no art. 966”. As Sociedades em Comum reforçam a tese de que o registro público de empresas tem apenas o caráter declaratório e não constitutivo da condição de empresário, posto que elas exercem atividade econômica, mesmo a despeito de não possuírem o registro no órgão competente para tal.

Vale destacar também a opinião de Rocha Filho (2004, p. 87) “o registro na Junta Comercial, embora obrigatório (Lei n. 10406, art. 987), não é constitutivo, mas simplesmente declaratório da condição de empresário”. Assim, o registro não constitui uma atividade empresária, ao contrário, somente declara que ela existe conforme os moldes legais.

Coelho (2012b, p.102) comunga dessa mesma opinião:

A principal sanção imposta à sociedade empresária que explora irregularmente sua atividade econômica, isto é, que funciona sem registro na Junta Comercial, é a responsabilidade ilimitada dos sócios pelas obrigações da sociedade. O arquivamento do ato constitutivo da pessoa jurídica — contrato social da limitada, ou os estatutos da anônima — no registro de empresas é condição para a limitação da responsabilidade dos sócios. A natureza desta responsabilidade limitada — se direta ou subsidiária — depende da posição adotada pelo sócio na gestão dos negócios sociais. O sócio que se apresentou como representante da sociedade tem responsabilidade direta, enquanto os demais, subsidiária (CC, art. 990), [...] Por ora, importa deixar assente que os sócios poderão vir a responder com o seu próprio patrimônio, por todas as obrigações da sociedade, se não for providenciado o registro do respectivo ato constitutivo na Junta Comercial.

Para a caracterização do empresário não há necessidade de registro, posto que o pressuposto é o exercício da atividade econômica, conforme dispõe o art. 966. Permanece, portanto, o caráter declaratório e não constitutivo da condição de empresário pelo registro de suas atividades. Assim se manifesta Rocha (2012, p. 3) “apenas o registro perante a Junta Comercial não confere a ninguém a condição de empresário, vez que imperioso o exercício da atividade com caráter empresarial, o que evidencia cabalmente, o efeito declaratório do Registro do Comércio”.

Este também é o posicionamento de Negrão (2008, p. 180) “advindo a qualidade de comerciante do exercício do comércio de forma habitual, o registro apenas declara essa condição [...] Vê-se, portanto, que o registro de comércio não é obrigatório e tampouco constitutivo de direito”. Concorde Requião (2012, p. 164) “o registro dos atos de comércio não é constitutivo de direitos”. E também Tomazette (2011, p. 67):

Uma das obrigações impostas pelo regime jurídico empresarial é o registro no órgão competente dos atos determinados pela lei. Tal registro tem por finalidade a publicidade aos atos. Não se trata de condição de eficácia, mas apenas de publicidade dos atos, daí dizer que o registro tem natureza eminentemente declaratória [...].

Quanto às Sociedades em Comum, mesmo que o Código Civil tenha determinado a obrigatoriedade da inscrição dos empresários junto ao registro de empresas, sua constituição empresarial se dá a partir do momento em que começa a exploração efetiva e profissional de atividade econômica organizada, com o intuito de produzir ou circular bens ou serviços, conforme disposição do art. 966. O registro é apenas declaratório da sua condição perante terceiros. O exercício dessa atividade dá a ela o caráter empresarial de que precisa para que possa ser amparada pela Legislação Concursal, posto que em seu art. 1º prevê sua aplicação para os empresários e sociedades empresárias.

Para induzir as Sociedades em Comum a regularizarem suas atividades econômicas, a legislação estabelece uma série de restrições, entre elas, a possibilidade de recuperação judicial e a extrajudicial, por força do art. 48. Campinho (2008, p. 81) entende haver incongruência na legislação ao vedar a personalidade jurídica para as Sociedades em Comum, por ser injustificável a responsabilidade subsidiária estabelecida pelo Código Civil “Com efeito, todos os sócios, e não só aquele que contratou pela sociedade, deveriam ter uma responsabilidade pessoal

direta, ou seja, que pode ser exigida independentemente da exaustão do patrimônio social”. A responsabilidade subsidiária deveria ocorrer na hipótese de existência de personalidade jurídica, o que o Código Civil diz não existir.

A análise do caso concreto permite entender que a Sociedade em Comum dispõe de personalidade jurídica a despeito de não ter levado seus atos constitutivos à registro, nos moldes do que será analisado a seguir.

4.1.2 Existência de Personalidade Jurídica da Sociedade em Comum Independentemente do Registro

As Sociedades em Comum são consideradas informais por não levarem seus atos constitutivos à registro, conforme preleciona o art. 967 do Código Civil, onde está estatuída a obrigatoriedade de inscrição do empresário antes de iniciar suas atividades.

Há uma linha bastante tênue entre as sociedades ditas regulares, ou formais, e as Sociedades em Comum, ou informais. Segundo preceitua o art. 45 do Código Civil, a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado começa com o arquivamento dos atos constitutivos no órgão responsável, no caso brasileiro, o Registro Público de Empresas Mercantis e, em havendo necessidade, com prévia autorização ou aprovação do poder executivo. Eberle (2006, p. 66) percebe que “a linha limítrofe entre as sociedades regulares e as irregulares repousa no fato de terem sido elas inscritas ou não em seu registro peculiar”.

Lopes (1974, p. 37-38) entende que embora a Sociedade em Comum “exista no direito brasileiro como tipo societário distinto dos demais, e não simples comunhão, como erroneamente ainda afirmam alguns, a sua própria existência, dentro do sistema das sociedades brasileiras é reflexo das sociedade personificadas”. Para o autor, “a sociedade irregular não é mais do que o tipo societário ao qual a lei recusa vantagens que concede às regulares”. A lei age dessa maneira por entender que a Sociedade em Comum não dispõe de personalidade jurídica, posto ser advinda do arquivamento dos atos constitutivos, nos termos do art. 985 e art. 1.150 do Código Civil, diferente do que pretende-se demonstrar neste estudo.

A discussão nesse tópico se dá ao fato de que o legislador, por si, não poderia determinar que o registro público da empresa, transformasse a realidade

das sociedades, de Sociedades em Comum, para regularizadas, independente da espécie societária escolhida, posto que o registro apenas declara a condição já existente, ele não constitui a atividade empresária em si, de acordo com o que já foi demonstrado no item anterior.

Defende Eberle (2006, p. 67) que a personalidade jurídica advém da atribuição de titularidade e da possibilidade de a sociedade assumir compromissos na esfera obrigacional. Logo, se a sociedade é titular da atividade e responde pelas obrigações contraídas, de acordo com o analisado pontualmente no capítulo anterior, partilhará da natureza de pessoa jurídica constituída, com personalidade para exercer seus direitos e deveres.

Vale ressaltar que a jurisprudência brasileira já entendeu no sentido de que existe personalidade jurídica para as sociedades irregulares, com base no ensinamento de Mendonça:

A sociedade irregular tem personalidade jurídica, podendo, assim, ser acionada por terceiros, sem necessidade de citação de todos os sócios individualmente.[...] O agravante não tem razão. Não é possível negar a personalidade jurídica das sociedades irregulares. Carvalho de Mendonça indaga: “As restrições mediante as quais as leis procuram dificultar a existência das sociedades irregulares afetam-lhe porventura a personalidade jurídica?” E responde “Absolutamente, não. Se o Código declara que a sociedade irregular existe com todos os efeitos da sociedade regular, relativamente a terceiros com quem trata, estes não a podem desconhecer para acionar os sócios. A sociedade existe aos olhos da lei, não deixa de existir a arbítrio dos interessados (Direito Comercial, vol. III, p. 90).⁸

SOCIEDADE IRREGULAR – PERSONALIDADE JURÍDICA – ESPOSA DE SÓCIO – DISSOLUÇÃO.

A sociedade cujo contrato não é levado a registro é sociedade irregular, mas tem personalidade jurídica.⁹

A discussão se pauta principalmente na previsão do art. 927 do Código Civil Brasileiro, que permite a prova da existência da sociedade por terceiros com qualquer modo em direito admitido, e entre os sócios somente por escrito. Esse artigo traz a essência do que o Código Comercial estabelecia em seu art. 304, ao prever a possibilidade de a Sociedade em Comum participar do polo passivo das demandas em que ela esteja envolvida.

⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 51.554. Disponível na Revista Forense, 1952, v. 140, p. 279.

⁹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 11.216. Disponível na Revista Forense, 1957, v. 172, p. 347.

Nesse sentido, Eberle (2006, p. 71-72) demonstra inquietação com o tema, posto que alguns doutrinadores “evidenciaram que o outorgar-se capacidade passiva de ser parte à sociedade irregular importava necessariamente, conceder-lhe, em contrapartida, um mínimo de posições ativas no âmbito da relação processual”.

Pontes de Miranda (1954, p. 342) afirma que se a sociedade é parte, pode ela participar de todos os meios necessários para se defender, além de poder propor medidas necessárias a resguardar seu patrimônio:

Reconvir, embargar de executado; pedir decretação de nulidade, de anulação ou de resolução, condenação nas custas, aplicação das penas dos arts. 63 e 65 do Código de Processo Civil [CPC 1939], alegar compensação; interpor recurso extraordinário; propor ação rescisória, propor ação revocatória em processo de falência, ou anulatória em concurso de credores, em que foi incluída como credora, bem assim alegar, na falência, ineficácia relativa, pedir indenização por danos sofridos em virtude de medida constritiva, cautelar ou executiva, que foi concedida contra ela.

Eberle (2006, p. 73) assevera que a capacidade de ser parte da sociedade irregular deve atingir tanto a atuação passiva quanto a ativa diante da relação processual.

Contribui para esta discussão Oliveira (1979, p. 249) para quem a personalidade nasce na pré-vida da sociedade, que é o período anterior ao que ele chama de existência legal, que advém do registro, “em tal fase anterior, já há capacidade de ser parte em juízo, já há nome, já há até, frequentemente, contas bancárias [...], e tudo isso denota capacidade de direito, embora limitada e, portanto, personalidade”. Se a sociedade atua livremente no mercado, com personalidade própria, ainda que limitada, deve ela ser capaz de ser parte em juízo de modo ativo e não apenas passivo.

No caso de se possibilitar a recuperação judicial ou extrajudicial da Sociedade em Comum, poderia ela participar no pólo ativo da demanda, promovendo composição de seus débitos com os credores, possibilitando a manutenção da fonte produtora, sendo para isso representada em juízo por quem administra seus bens, no caso, os sócios, nos termos do art. 12, inciso VII do Código de Processo Civil.

Brandão (1974, p. 40) traz consideração bastante importante por entender que a personificação advinda do registro não traz maiores benefícios, a não ser a

inexistência de confusão patrimonial entre os bens da sociedade e dos sócios, abaixo:

Na verdade, não fossem as dificuldades fiscais que têm hoje no Brasil as sociedades não personificadas (e será bom não esquecer que o problema extravasa o âmbito do direito comercial), a Sociedade em Comum não apresentaria qualquer inconveniente (exceto para os gerentes) com a sua indefinida permanência sem personalidade jurídica, porque todas as vantagens que por meio de tal personalidade hoje se conseguem, seriam sem ela atingidas. Seria mesmo de indagar (sempre na suposição de que se superassem as atuais dificuldades fiscais) se, promulgando o novo Código Civil, não acabaria a jurisprudência brasileira, a exemplo do direito americano, entre outros, por permitir à Sociedade em Comum a adoção de nome, domicílio, e mesmo nacionalidade, apesar de não personificada.

Destaque-se a possibilidade de se conceder direitos às Sociedades em Comum, ainda que elas não sejam consideradas personificadas. Ou seja, entende o autor que estas sociedades teriam direito à nome, domicílio, nacionalidade e, quiça, a possibilidade de recuperação judicial ou extrajudicial, mesmo permanecendo sem personalidade jurídica. Tal posicionamento é interessante no sentido de que se estenda o regime legislativo para as Sociedades em Comum, mesmo que elas não tenham personalidade jurídica.

Este estudo está atrelado ao entendimento de que a personalidade jurídica não advém do registro, mas da própria capacidade de ser parte em juízo, conforme também entende Eberle (2006, p.73) “estando, pois, presente a ideia de capacidade, é inegável que ela denuncia serem as sociedades irregulares pessoas, dada a sua aptidão à aquisição de direitos e deveres no âmbito da relação processual”.

Oliveira (1979, p. 235) confirma esse entendimento: “essa cisão entre consequências da personalidade jurídica favoráveis e consequências desfavoráveis significa restrição à capacidade de direito”, e em havendo capacidade, mesmo que seja restrita, esta pressupõe personalidade jurídica.

As Sociedades em Comum são em geral micro ou pequenas empresas que servem de pilar para o mercado interno brasileiro. Segundo dados do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE) “no Brasil existem 6,3 milhões de empresas. Desse total, 99% são micro e pequenas empresas (MPEs). Os pequenos negócios (formais e informais) respondem por mais de dois terços das ocupações do setor privado”. Se as Sociedades em Comum respondem, em conjunto com as formalizadas, por mais de dois terços dos empregos gerados no setor privado, é possível deixá-la à mercê de direitos, quando ela é viável e traz

benefícios a todo o ambiente econômico?

Embora não haja maior complexidade na distinção das sociedades personificadas ou não, na prática essa diferença é gritante, posto que as Sociedades em Comum são eivadas de uma série de direitos simplesmente por não terem seu registro realizado. Nessa hipótese, a legislação deixa de se preocupar com os princípios da ordem econômica e também da legislação recuperacional que estabelecem a preservação da empresa viável economicamente, a proteção das micro e pequenas empresas, a livre iniciativa, a função social da atividade empresária, a livre concorrência e a busca do pleno emprego, já amplamente percorridos no capítulo inicial deste estudo.

Importante analisar ainda neste capítulo os entraves que a legislação impõe às sociedades no aspecto documental, ou seja, na instrução da petição inicial, tema analisado no próximo tópico.

4.2 DOCUMENTOS A SEREM ACOSTADOS À INICIAL DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: ANÁLISE DO ART. 51 DA LEI 11.101/2005

O artigo 51 da Lei 11.101/2005 é o que disciplina a instrução da petição inicial da recuperação judicial, fase em que o requerente comprovará sua condição de empresário e demonstrará sua viabilidade econômica.

A redação de tal artigo é complexa, pois determina a exclusão de empresas, inclusive formalizadas, do procedimento de recuperação judicial. Exige inúmeros documentos que nem sempre atendem ao objetivo da própria legislação que é manutenção da atividade viável economicamente.

O artigo traz a necessidade de instruir a petição inicial com a exposição dos motivos que levaram a atividade empresária a entrar em crise econômico-financeira. Tal solicitação se faz necessária pois somente as atividades empresárias que ainda têm condições de se manterem no mercado é que podem ser socorridas pelo instituto da recuperação, aquelas que não são mais viáveis, devem ter a sua falência decretada.

Ramos (2009, p. 714) assevera que cabe ao devedor fazer uma descrição detalhada do que o levou ao estado de crise, com apontamento de causas determinadas, “inadimplência de algum cliente relevante, desaquecimento dos negócios no ramo em que o devedor atua, pressão concorrencial na sua região de

atuação, etc”. Com apontamento de causas genéricas, não tem o juiz condições de determinar a viabilidade ou não do devedor que está pleiteando a recuperação.

Ainda diante dessa condição, é aconselhável que o devedor demonstre condições mínimas para o cumprimento das obrigações que ele pretenda assumir no curso do processamento da recuperação, conforme afirma Guimarães (2008, p. 243).

O inciso II, do art. 51, traz uma das maiores dificuldades das Sociedades em Comum para requerer a sua recuperação judicial, qual seja, a apresentação de escrituração contábil referente aos três últimos exercícios fiscais.

A Sociedade em Comum, por não ter levado seus atos constitutivos a registro, fica impossibilitado de ter os seus livros autenticados, nos termos do art. 1.181 *caput* e parágrafo único.

Art. 1.181. Salvo disposição especial de lei, os livros obrigatórios e, se for o caso, as fichas, antes de postos em uso, devem ser autenticados no Registro Público de Empresas Mercantis.

Parágrafo único. A autenticação não se fará sem que esteja inscrito o empresário, ou a sociedade empresária, que poderá fazer autenticar livros não obrigatórios.

Não tendo os livros autenticados, eles não dispõem da eficácia probatória prevista no art. 379 do Código de Processo Civil “Os livros comerciais, que preenchem os requisitos exigidos por lei, provam também a favor do seu autor no litígio entre comerciantes”.

A utilização dos livros contábeis na recuperação judicial não têm o condão de prova, ao contrário, serve de base para que o juízo possa verificar a viabilidade econômica da atividade empresária, com análise da situação do devedor e das perspectivas em relação ao cumprimento do plano de recuperação.

Pode ocorrer que o juiz não possua formação contábil, não possibilitando uma avaliação mais detalhada. Nesse sentido, interessante crítica é trazida por Bezerra Filho (2007, p. 154) “o juiz não é um técnico em contabilidade e não conta com a necessária assessoria técnica que lhe permita uma eficaz análise dos documentos contábeis apresentados”.

No caso das Sociedades em Comum caberia a apresentação de uma demonstração contábil feita especialmente para basear o pedido de recuperação. É importante trazer para os autos a informação detalhada de sua situação, realizada com auxílio de um perito contábil, analisando o seu patrimônio, os resultados

acumulados e um relatório do fluxo de caixa com projeção futura. Dessa forma, terá por cumprindo o requisito estabelecido no inciso II do art. 51, com o intuito de demonstrar que tem condições de se manter operante no mercado.

Tal qual as sociedades regularizadas, as Sociedades em Comum devem apresentar a relação de todos os seus credores, com respectivo valor do crédito e separados por categorias. Tais credores serão considerados habilitados desde que não haja impugnação nos termos do art. 14 da Lei 11.101/2005.

Cabe ainda à apresentação da relação dos empregados, com respectivas funções, salários ou outro saldo devedor, com discriminação do que está pendente de pagamento. Deverá ainda separar os débitos por categorias, sendo que: a) os créditos de natureza salarial vencidos nos últimos três meses devem ser pagos em até 30 (trinta) dias a partir do ajuizamento da ação, limitados a 5 (cinco) salários mínimos, conforme art. 54, parágrafo único; b) os demais débitos, que estejam vencidos até a data do pedido de recuperação deverão ser quitados no prazo máximo de 1 (um) ano, a partir do deferimento da recuperação judicial, conforme art. 54, *caput*.

O inciso V prevê a necessidade de apresentação da certidão de regularidade do devedor, no Registro Público de Empresas. Em relação a essa obrigação imposta pela legislação, ela será melhor explanada no item final deste capítulo, no intuito de garantir que as Sociedades em Comum venham a se beneficiar do instituto da recuperação a despeito do registro, posto que este tem apenas o condão declaratório de uma atividade que já vem sendo exercida. Cabe à Sociedade em Comum nesse momento a apresentação dos nomes de seus sócios posto que eles são os responsáveis solidários e ilimitados por suas dívidas, e administradores, que respondem diretamente por essas dívidas, por estarem excluídos do benefício de ordem, nos termos do art. 990 do Código Civil.

A relação dos bens particulares dos sócios, controladores e administradores deve ser apresentada por força do inciso VI. Nas Sociedades em Comum esse documento se faz ainda mais importante já que a responsabilidade dos sócios é solidária e ilimitada, sendo ainda direta para os administradores. O juiz deverá ordenar a indisponibilidade dos bens particulares dos sócios, em quantidade compatível com eventual dívida que seja superior ao patrimônio especial destinado para a realização da atividade. Nas sociedades com registro perante o órgão competente, a responsabilidade pessoal dos sócios será apurada no juízo da

falência ou da recuperação, porém, nas sociedades sem registro, por se tratar de responsabilidade solidária, os sócios serão pessoalmente responsáveis pelo exato cumprimento do plano de recuperação judicial, ainda que para isso tenham que dispor de patrimônio próprio.

O inciso VII traz previsão acerca da apresentação de documentos que sirvam para a apuração da disponibilidade de dinheiro da empresa em recuperação, conforme dito por Bezerra Filho (2007, p. 156). Nesse caso, as Sociedades em Comum deverão apresentar os extratos atualizados das contas bancárias também dos sócios, já que são os responsáveis diretos e solidários pelo manejo do plano de recuperação judicial.

Bezerra Filho (2007, p. 157) entende que “a lei foi específica neste ponto, deixando claro que o sigilo bancário daquele que pede recuperação está rompido”, esse rompimento se dá pela necessidade de verificação das informações financeiras da sociedade.

Outra exigência está ligada à apresentação de certidões dos cartórios de protestos, para permitir a análise da viabilidade econômica da atividade empresarial. A exigência é satisfeita com a simples apresentação das certidões, não havendo necessidade de que sejam certidões do tipo negativas, é possível inclusive que haja indicação de protestos.

Cabe, ainda, ao devedor a apresentação da relação de todas as ações judiciais em que ele seja parte, incluindo-se as de natureza trabalhista, além das estimativas dos valores que são pleiteados. Essa exigência se mostra importante pois por determinação do art. 6º da Lei 11.101/2005, o prazo das ações e execuções que correm em face do devedor ficam suspensas pelo prazo de 180 dias.

Inúmeras são as exigências legais para que as sociedades em geral possam pleitear sua recuperação. Diferente não é para as Sociedades em Comum, para quem as exigências se tornam tão exacerbadas que o princípio da preservação da empresa, colorário da legislação atual, é deixado de lado quando se trata dessas sociedades.

Guimarães (2008, p. 249) entende que por meio da Teoria da Conservação, preservação ou continuidade da empresa, os efeitos das legislações “devem ser abrandados [...] para possibilitar, com a adoção da concordata, o prosseguimento das atividades da empresa em dificuldades”. Se essa necessidade já existia na legislação anterior, que era considerada uma legislação inflexível, que não priorizava

a manutenção da atividade empresária, quanto mais hoje que esta é a principal razão de ser da legislação recuperacional.

Não está aqui se falando de manter aquelas sociedades que não possuem qualquer condição de permanecerem no mercado, ao contrário, depois de uma análise contábil é que será possível verificar a viabilidade econômica da atividade empresária. Se houver viabilidade, haverá recuperação. Se não houver, a falência deve ser decretada, embora sendo um mal maior. A jurisprudência brasileira já se posicionou:

“A decretação da falência constitui um mal maior, eis que, além de dizimar o patrimônio empresarial, nada de vantagem oferece aos credores que, no rateio, acabam por receber importância reduzidíssima de seu crédito, arruinando, assim, a empresa e levando prejuízo irreparável”. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 065.358-4. Rel. Des. Cláudio Costa. DJU 23.07.02

“A decretação da falência de uma empresa deve ser evitada, porque ela é tão danosa para a empresa quanto o é para os credores”. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 069.594-0. Rel. Des. Cláudio Costa. DJU 15.09.02

A exigência de documentos não pode ser óbice à recuperação das sociedades, posto que esta deve ser sempre buscada em detrimento da falência. Muitas vezes não atende ao fim pela qual foi instituída a recuperação, qual seja, a proteção dos credores, com conseqüente satisfação de seus créditos. Nesse sentido, é o entendimento de Guimarães (2008, p. 258) “muitas vezes o credor, apesar de possuir condições financeiro-econômicas de reestruturar sua empresa (*turnaround*), não possui todos os documentos exigidos em lei para sequer ajuizar tal ação”. Essa situação faz com que empresas, viáveis, tal qual a Sociedade em Comum, não possam se beneficiar da lei, e, nesse caso, as razões deixam de ser econômicas, tal qual deveria ser, e passam a ser legais.

É certo que os juízes e desembargadores não podem simplesmente deixar de lado o que a legislação prevê, mas devem buscar, sempre que possível, o cumprimento do princípio basilar da legislação falimentar, qual seja a preservação da atividade econômica viável, que seja geradora de empregos e arrecadação para o Estado. Caberá à doutrina e, principalmente, à jurisprudência o abrandamento dessas exigências legais excessivas, trazendo ao empresário que esteja passando por dificuldades temporárias a sua recuperação, esse é o foco do que será discutido a seguir.

4.3 A NATUREZA JURÍDICA E A CONCESSÃO DO DIREITO À RECUPERAÇÃO PARA AS SOCIEDADES EM COMUM

As Sociedades em Comum não são consideradas sociedades irregulares, mas revestidas de informalidade uma vez que não cumprem com as exigências legais para a sua constituição, isto é, não realizam o registro junto ao órgão competente.

Diante desse posicionamento, existem inúmeros motivos que levam as empresas à informalidade¹⁰. Ulyssea (2008, *on line*) aponta sob a ótica econômica os dois grandes problemas: a) custos com a regularização, ligados à legalização e registro do empreendimento; b) custos em permanecer no setor após a regularização: entre eles os impostos, as taxas e os custos burocráticos (assessoria contábil, jurídica).

Nesta linha, quando a legislação falimentar impõe a regularização perante o órgão competente para acesso ao direito que possibilita a sua recuperação, defende-se que o legislador não considerou as situações fáticas das inúmeras sociedades nestas condições. Elas são fundamentais para a saúde do mercado interno, apesar da falta de registro.

Há necessidade de se possibilitar a recuperação tanto judicial, quanto extrajudicial, ainda que de outros moldes, para as Sociedades em Comum, principalmente aquelas que estão no mercado e pelos mais diversos motivos, inclusive os decorrentes de instabilidades econômicas para as quais não contribuíram, passam por problemas econômicos e financeiros.

A recuperação de empresa tem por escopo a manutenção da atividade empresarial que cumpre com a sua função social, gerando empregos e renda, atendendo às necessidades da sociedade em que está inserida, ou seja, aquelas atividades que, mesmo sendo consideradas pequenas, contribuem de modo positivo com o mercado, sendo portanto viável a sua manutenção.

A doutrina empresarial brasileira tem sido majoritária ao entender que a Lei 11.101/2005 foi sensata ao vedar o benefício da recuperação às Sociedades em Comum, por não se encontrarem regularmente constituídas pelo período mínimo de dois anos, posto que sua natureza jurídica é de um benefício legal, sendo esta a

¹⁰ Para uma análise mais aprofundada acerca das origens e impactos da informalidade no mercado brasileiro, cfr. ULYSSEA, 2006 e ULYSSEA, 2008.

visão retrógrada trazida pelo Dec.Lei 7.661/45, ao estabelecer que a concordata era um favor legal que se destinava à prevenir ou evitar a falência, concedida ao comerciante honesto e de boa-fé, em razão dos riscos que ele assume ao se envolver no ambiente econômico.

Andrade (2011, p. 9) entende que:

Concordata é uma pretensão jurídica que o comerciante se utiliza objetivando uma dilação de prazo para o pagamento dos credores, visando uma reorganização e uma reestruturação econômico-financeira da empresa afim de suspender ou evitar a falência de sua empresa. Não se trata de um acordo entre devedor comerciante e credores, mas de uma demanda, um remédio legal e jurídico, um favor legal concedido ao comerciante honesto e de boa-fé, em virtude dos riscos que envolvem a atividade mercantil.

Todavia, a concordata era um instituto que não beneficiava a superação da crise econômico-financeira, ao contrário, muitas vezes, embora concedida, levava os empresários à falência. O Estado utilizando-se do seu poder normativo para intervir da economia, autorizou a revisão da legislação falimentar, trazendo ao ordenamento a Lei 11.101/2005, que alterou a natureza jurídica do instituto recuperacional, passando-o para uma natureza mista.

A natureza jurídica da recuperação está relacionada ao direito contratual, tendo também natureza processual. De um lado, há possibilidade de o devedor rever os seus contratos com os credores, para renovar a sua dívida ou então a forma de pagamento, modalidade esta que depende da vontade de todos os envolvidos, posto que o plano de recuperação deverá ser aprovado pelos credores para que a recuperação seja levada a cabo.

Por outro, estabelece o crivo do Judiciário para que os credores e o devedor possam reorganizar a atividade empresária. Na modalidade de recuperação judicial, o crivo do Judiciário ocorre para conceder o benefício, já na extrajudicial para homologar, mas em ambos os casos, há necessidade de uma relação processual para que possa ocorrer.

Essa é a visão da Lei 11.101/2005, que estabelece a superação da situação de crise econômica do devedor, analisando isso pelo viés econômico, a fim de beneficiar aqueles que possuam condições de se manter no mercado, deixa de ser um favor legal para ter natureza contratual e processual, como já explorado.

Para confirmar a tese apresentada, da natureza jurídica mista da recuperação judicial, afirmam Franco e Sztajn (2008, p. 233-234):

O plano é 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 obrigações assumidas, com o que se reduz em custos de transação dada a coercitividade que dela, homologação, resulta.

As Sociedades em Comum, portanto, quando atuando diligentemente no mercado, merecem ter o amparo legal trazido pela intervenção normativa do Estado, desde que haja aprovação de seus credores, que é fundamental.

Porém, Pinho (2011) afirma categoricamente que não há interesse estatal envolvido na manutenção das Sociedades em Comum, abaixo:

O Estado não possui interesse na preservação de empresas que possuem metas particulares e são descompromissadas com a sociedade. E é por esse mesmo motivo que os empresários irregulares não são agraciados por esse instituto. Ele estaria desestimulando a regularização das empresas se garantisse à todas os mesmos benefícios. Assim, estabelece o art. 48 da 11.101/2005, que somente o empresário que se sujeita ao controle estatal, ou seja, que está regularmente inscrito na Junta Comercial, é que pode requerer a recuperação judicial.

A despeito da afirmação da autora, existe sim interesse estatal na preservação das Sociedades em Comum, quando elas são viáveis, posto que inúmeros princípios constitucionais da Ordem Econômica, além do próprio princípio basilar da legislação recuperacional, que é a preservação da empresa viável economicamente, tendem ao contrário. Essa é a base para argumentação da interpretação que ora se expõe.

Analisando o tema com foco no art. 170 da Constituição, defende-se que é importante autorizar que a recuperação, seja judicial ou extrajudicial, possa ocorrer no âmbito das Sociedades em Comum evitando o caminho indesejável de declaração da falência, que traria com certeza prejuízos a toda a sociedade e ao ambiente econômico.

Nesse sentido, Proença (2007, p. 77) assegura ser injustificável a não autorização legal para a recuperação das Sociedades em Comum, pois elas, tais quais as sociedades empresárias, que possuem personalidade jurídica própria, passam por problemas de cunho financeiro, mesmo atuando diligentemente no mercado. Acrescenta que, se a ideia central da legislação é a de manter a atividade econômica, em razão dos interesses sociais, não há motivo que justifique tal vedação.

Gomes (2007, p. 313) entende que “a recuperação de empresas, [...], não deve ser vista como um instrumento de amparo estatal às empresas em crise. Para que a recuperação possa ser levada a cabo, é essencial que a empresa requerente demonstre viabilidade econômica”. Assim, deixe de ser um simples amparo estatal para ser um instrumento de soerguimento para a empresa.

Reafirma-se que a Sociedade em Comum, tal qual as demais sociedades existentes, devem demonstrar que são viáveis e passíveis de manutenção no mercado, sem maiores prejuízos para a sociedade, para que venham a fazer jus à recuperação. Não basta que tenham registro na Junta Comercial ou ainda que estejam no mercado há anos, se elas não dispõem de possibilidade financeira de permanecerem no ambiente econômico.

Aqueles contrários à recuperação judicial das Sociedades em Comum não vislumbram que tal vedação prejudica a economia, uma vez que grande parte dos postos de trabalho, dos produtos e da renda são oriundas das micro e pequenas empresas, atuando sob a forma de Sociedades em Comum.

Além dos princípios constitucionais já mencionados, a própria Lei 11.101/2005 traz argumentos que possibilitam a sustentação da aceitação da recuperação judicial ou extrajudicial das Sociedades em Comum, que serão a partir de agora analisados.

Nas disposições preliminares da Lei 11.101/2005, importantes para nortear a interpretação de todo seu texto legal, ela permite este entendimento por não prever tratamento desigual entre as atividades empresárias, quanto aos direitos que ela estabelece.

Em seu art. 1º, trata da possibilidade de recuperação judicial, extrajudicial e falência do empresário e da sociedade empresária, não mencionando qualquer restrição acerca da regularidade ou não desses entes. Nesse sentido, as normas jurídicas por ela trazidas são extensivas àqueles que atuam em caráter empresarial, de acordo com o que já foi amplamente discutido no que tange a Sociedade em Comum.

No art. 2º, a legislação é clara ao excluir de seu âmbito de aplicação as empresas públicas e sociedades de economia mista, as instituições financeiras, cooperativas de crédito, consórcios, entidades de previdência complementar, sociedade operadora de planos de saúde, seguradoras e sociedades de capitalização. Não há qualquer restrição quanto à aplicação da legislação

recuperacional para as Sociedades em Comum.

O art. 105, inciso IV, da Lei 11.101/2005 prevê a possibilidade da Sociedade em Comum pleitear a sua autofalência, por não preencher o requisito da regularização. Esse requisito é prejudicial ao mercado e também à própria Sociedade em Comum. Ao passar por uma situação de dificuldade econômica, é saudável que se ofereça oportunidade de recuperação para que a atividade venha a manter-se no mercado. Neste sentido é justo conceder prazo razoável para promover o registro e seguir com os procedimentos para a recuperação. A falência prejudica credores, o mercado de trabalho, investimentos, a concorrência, além de causar uma série de outras externalidades negativas.

Além da Legislação Constitucional e Falimentar, em vista a uma interpretação sistêmica, outro argumento importante é o regime jurídico previsto no Código de Defesa do Consumidor, na legislação do trabalho, concorrencial e no Código Tributário Nacional para o caso de atuações informais de empresas, em que elas respondem diante do descumprimento dos deveres legais impostos a todos que atuam na atividade econômica, independentemente de sua organização.

De acordo com o que já foi amplamente analisado no capítulo 2 deste estudo, nas relações trabalhistas, basta caracterizar a relação do trabalho, quais sejam: subordinação, habitualidade e remuneração, conforme art. 3º da CLT. Para as relações de consumo, o consumidor terá a proteção legal bastando que a outra parte da relação seja considerada fornecedora, ou seja estar enquadrada entre os estabelecidos pelo art. 3º do CDC, pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, inclusive entes despersonalizados. No campo concorrencial, as Sociedades em Comum podem ser responsabilizadas pelos ilícitos que prejudiquem a concorrência, mas também no campo preventivo. Para as relações tributárias, basta fazer a subsunção do fato à norma demonstrando o fato jurídico tributário e poderá figurar entre os contribuintes.

Nestes casos a Sociedade em Comum deverá responder pelo descumprimento de deveres, pois o Estado torna-se protetor da boa-fé no consumo, na valorização do trabalho, na concorrência e no dever fundamental de pagar tributos. Ao proibir o acesso à recuperação impossibilita exercício de direitos que concretizariam outros princípios igualmente fundamentais para a ordem econômica, conforme já discorrido anteriormente.

Vale ressaltar o projeto de Lei nº 1.922 de 2011, de autoria do Deputado

Fábio Faria, que estabelece a possibilidade de recuperação para as pessoas físicas. A justificativa do projeto está no superendividamento das pessoas físicas que é uma realidade desde a crise de 2009. A visão do deputado está na possibilidade de se beneficiar os bons pagadores que por circunstâncias alheias vieram a se tornar inadimplentes, *retro*:

Não se trata de conceder privilégios aos maus pagadores, mas sim recompor a situação daqueles que seriam bons pagadores se não houvesse problemas de mercado e situações imprevistas à época em que as dívidas foram contraídas.

[...]

Creemos que a legislação proposta, inspirada na recuperação judicial do empresário, mas simplificada para a situação do devedor pessoa física trará um instrumento de justiça social e maior equilíbrio nas relações de consumo em nossa sociedade.

O Estado utilizando-se da intervenção normativa busca permitir o pagamento de dívidas em situações especiais, concedendo privilégio àquele que age de boa-fé, no intuito de se restabelecer, o que é bom para a dinâmica da economia.

As Sociedades em Comum encontram-se em situação especial, por possuírem um patrimônio separado para a realização de sua atividade, que poderá ser complementado pelo patrimônio dos sócios se não for o suficiente para quitar as dívidas durante o plano de recuperação, pois os sócios pessoas físicas são responsáveis solidários. Nessa hipótese, se o projeto de lei procura estabelecer uma recuperação judicial para as pessoas físicas, por quê não permitir que recorrendo a isso os sócios pessoas físicas possam recuperar também a pessoa jurídica?

O superendividamento das pessoas jurídicas, no caso das Sociedades em Comum, se confunde com o das pessoas físicas, já que o patrimônio pessoal deles responde pelas dívidas das pessoas jurídicas depois de utilizado o patrimônio especial. Se há um processamento diferenciado para a pessoa física, poderia haver um processamento diferente para as Sociedades em Comum, hipótese aqui em discussão.

Em face dos argumentos apresentados e na defesa dos direitos à recuperação judicial e extrajudicial ora em análise, é possível apresentar algumas alternativas para que haja a concretização do direito das Sociedades em Comum, razão pela qual sua recuperação seria feita em outro formato.

Importante apresentar posicionamento de Fázio Júnior (2010, p. 147):

Na medida em que se anuncia a recuperação judicial como uma espécie de privilégio da lei, é natural que seja reservada somente para os que se conduzem conforme a lei. Por isso, só o “empresário de direito” pode obter recuperação judicial. Esta é vedada ao profissional irregular. Só a sociedade empresária personificada faz jus ao benefício. É fato que para a definição do destinatário da falência, a qualidade de agente econômico resulta da mera prática profissional. Tal não ocorre com a recuperação judicial. A demonstração do exercício regular é essencial. Só poderá desfrutar da recuperação judicial o agente econômico personalizado, quer dizer, devidamente inscrito no registro oficial competente, há mais de 2 (dois) anos.

Entende o autor que somente as atividades regularizadas há mais de dois anos teriam a possibilidade da recuperação, seja judicial ou extrajudicial. Diante dessa explanação, que é também abordada por outros autores, este estudo apresenta alternativas que seriam viáveis ao estabelecer formalização a partir do pedido de deferimento da recuperação judicial ou do pedido de homologação da extrajudicial.

Não tem este estudo o objetivo de ser contrário à legislação, mas de apresentar uma interpretação sistêmica acerca da lei, que beneficie o ambiente econômico e não somente as Sociedades em Comum. Vale frisar que esta possibilidade seria uma exceção para aquelas atividades empresárias viáveis e que efetivamente contribuem para a melhoria da sociedade em que estão inseridas.

Para a recuperação judicial, o direito ao acesso à tutela jurisdicional deve ser garantido, já que este é um princípio constitucional previsto do art. 5º, inciso XXXV, enquadrado entre os Direitos e Garantias Fundamentais. Ao magistrado caberá analisar os documentos ora apresentados pelas Sociedades em Comum para constatar a viabilidade econômica, o potencial de manutenção de empregos e a satisfação dos direitos dos credores públicos e privados. Caso o magistrado veja real possibilidade de superação da crise, é legítimo que se conceda prazo razoável para que a Sociedade em Comum assuma uma das formas de organização empresarial e promova o seu registro comercial, em caráter emergencial e cumprida essa formalidade, é possível o deferimento da recuperação judicial com todas as consequências previstas no art. 52 da Lei 11.101/2005.

Em se tratando de recuperação extrajudicial, caberá ao devedor reunir os seus credores com o intuito de negociar e elaborar o plano. Após a elaboração, com a concordância de todos, excetuando-se os que a lei não permite participar, conforme art. 161, §1º da Lei 11.101/2005, caberá ao devedor requisitar a homologação de seu plano. Porém, para que seja homologado, o juiz determinará

prazo razoável para que a empresa demonstre que promoveu o registro de seus atos de constituição. Cumprido tal requisito, o juiz homologará o plano, com as conseqüências estabelecidas pelos Arts. 161 e seguintes.

Importante ainda destacar a implantação da REDESIM, sistema que veio para reduzir o prazo para abertura de empresas, o que torna ainda mais viável essa possibilidade.

É preciso analisar que nessas hipóteses de recuperação, o devedor deverá comprovar o período mínimo de dois anos de exercício da atividade econômica, ainda que de forma informal, com o intuito de demonstrar durabilidade e estabilidade da atividade, posto que a lei não protege atividades que não são perenes. Esse prazo ainda demonstra a intenção de a Sociedade em Comum permanecer no mercado, não apenas realizando uma atividade temporária.

Este estudo não visa estimular os empresários a não utilizarem-se do caminho legal para a sua constituição. Ao contrário, o escopo é demonstrar que as Sociedades em Comum, sendo viáveis, ao verificarem a possibilidade de recuperação, fariam um esforço maior para a sua regularização, pois o registro traria outros benefícios e ela permaneceria operante no mercado.

4.4 PLANO ESPECIAL ESTABELECIDO PELA LEI 11.101/2005

Questionamento poderia surgir acerca da utilização do Plano Especial de Recuperação estabelecido pela Lei 11.101/2005 para as micro e pequenas empresas, incluindo aqui as Sociedades em Comum, já que estas são o foco deste trabalho.

Primeira hipótese a ser considerada diz respeito ao faturamento da atividade empresária para que ela possa se socorrer do plano especial de recuperação. Prevê a Lei Complementar 123/2006, em seu art. 3º que a microempresa, inciso I, é aquela que possui receita bruta anual não superior a R\$360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e a empresa de pequeno porte, inciso II, que tem a receita bruta no valor superior a R\$360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual o inferior a R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil).

As Sociedades em Comum normalmente incluem-se nesses valores, mais precisamente entre as microempresas, já que por não haver separação patrimonial, os riscos de uma atividade com maior vulto econômico seriam muito grandes para os

sócios, que são responsáveis solidários pelas dívidas da sociedade.

Bezerra Filho (2007, p. 190) afirma que “a complexidade do procedimento previsto para a recuperação judicial, em princípio, desaconselha seu uso pela pequena empresa. No entanto, não há qualquer impedimento legal e, se quiser, pode se valer dos demais tipos de recuperação”. Caberá ao micro e pequeno empreendimento optar por uma das modalidades de recuperação, especial ou ordinária, arcando com os seus custos.

A primeira crítica que se apresenta está relacionada aos créditos abrangidos pelo plano especial. Somente os créditos quirografários é que podem ser objeto de recuperação, de maneira igual ao que ocorria com a antiga concordata preventiva, prevista no art. 139 e seguintes do Dec.-Lei 7.661/1945. Primeiro, se o Estado, utilizando-se de sua força normativa, faz uma alteração no intuito de melhorar a lei, por que se tornou tão retrógrado quanto à recuperação das micro e pequenas empresas, se elas representam grande fatia do empresariado brasileiro?

A crítica de Bezerra Filho (2007, p. 190) é bastante importante:

A Lei, neste aspecto, em uma análise mais abrangente, chega a ser contraditória. Se a afirmação era de que a lei de 1945 precisaria ser mudada, porque a concordata não propiciava qualquer condição de recuperação à empresa, parece não haver justificativa para que se conceda à pequena empresa um sistema tão semelhante a concordata anterior.

O fato é que o Estado, por meio do Poder Legislativo, não considerou a possibilidade de prover um plano especial para as micro e pequenas empresas. O plano previsto pela Lei 11.101/2005 é tão ineficiente quanto à antiga concordata preventiva.

Os créditos quirografários são aqueles que não dispõem de garantias específicas. Nesse sentido, os créditos com garantia real, trabalhistas e tributários não seriam abarcados pelo Plano Especial.

Considerando-se que normalmente as maiores dificuldades dos micro e pequenos empresários dizem respeito à alta carga tributária, aos custos relacionados à manutenção dos empregados, além das instituições financeiras que detêm em garantia a maioria dos bens que eventualmente as micro e as pequenas empresas possuam, evitar que essas classes de credores não façam parte do plano de recuperação especial é o mesmo que induzir a micro e pequena empresa a solicitar a sua falência, dificultando qualquer possibilidade de recuperação.

O plano especial de recuperação é um plano dilatatório pois ele prevê apenas a possibilidade de aumento do prazo para pagamento das dívidas. Em seu art. 71, inciso II, a Lei 11.101/2005 estabelece o “parcelamento em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas”, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de 12% a.a. (doze por cento ao ano). Esse talvez seja o único benefício do plano especial de recuperação: a taxa de juros fixada em 12% ao ano, já que os juros praticados pelo mercado, no que diz respeito à financiamentos e empréstimos, no geral costumam ser bem maiores do que isso.

O inciso III, do art. 71, prevê que o pagamento da primeira parcela poderá ocorrer em, no máximo, 180 (cento e oitenta dias) a partir da distribuição do pedido de recuperação judicial.

Outro aspecto a ser criticado do plano especial diz respeito à previsão do parágrafo único do art. 71. Enquanto na recuperação judicial há suspensão do curso da prescrição, e das ações e execuções de créditos que não estejam abrangidos pelo plano, inclusive de créditos relativos aos sócios solidários, tal qual ocorre com os sócios das Sociedades em Comum, no plano especial não há essa previsão.

Em face das divergências apresentadas pela doutrina, caberá à Sociedade em Comum a opção, pelo Plano Especial, nos termos do art. 70, §2º, já na petição inicial, não o fazendo, seguirá o rito normal da Recuperação Judicial Ordinária.

Todavia, entende-se que por se tratar de medida de exceção, a recuperação das Sociedades em Comum devem seguir o rito ordinário, pois o rito especial não lhe tratia real possibilidade de soerguimento e manutenção no ambiente econômico.

4.5 INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E SEGURANÇA JURÍDICA MATERIAL EM DEFESA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL PARA AS SOCIEDADES EM COMUM

Para compreender e aplicar o Direito de forma justa é necessário que se adote uma interpretação que aborde a totalidade do sistema jurídico e não apenas um dos ramos.

A interpretação sistemática do Direito visa analisar o conjunto das leis dando-lhes uma extensão maior do que o que está positivado. Segundo Freitas (1995, p. 15):

a interpretação sistemática do Direito tem por objeto o sistema jurídico na sua condição de totalidade axiológica, convindo recordar que, mesmo na tradição romano-germânica, o Direito é maior do que o conjunto das normas jurídicas, tanto em significado, quanto em extensão. A interpretação sistemática não sucede nem antecede o Direito: é contemporânea dele. Empresta-lhe vida e dinamicidade. O conteúdo jurídico, por força de sua natureza valorativa, transcende o mero e esparsamente positivado.

Nesse sentido, esse estudo buscou analisar a viabilidade da recuperação para as Sociedades em Comum sob a ótica da Constituição Federal, do Código de Defesa do Consumidor, do Código Civil, do Código Tributário Nacional, da Consolidação das Leis do Trabalho e da Lei da Concorrência. Além disso, analisou-se o art. 48 e o art. 161 da Lei 11.101/2005 à luz dos princípios constitucionais e concursais, para que o requisito legal da regularidade perante a Junta Comercial fosse mitigado face a importância dos princípios analisados.

Trata-se de abordagem do Direito a qual permite tratamento desigual, entre sujeitos desiguais, visando tornar o direito acessível àqueles que não teriam acesso por estarem à margem da sociedade. A concessão ou homologação da recuperação para as Sociedades em Comum busca garantir as mesmas oportunidades, que já usufruem as sociedades regularmente constituídas, de continuarem operantes no mercado em razão de sua viabilidade econômica.

A discussão neste estudo ocorre em torno de uma exceção, que permitiria a recuperação das Sociedades em Comum, desde que esse processo trouxesse benefícios para toda a coletividade e não somente para os sócios ou para a sociedade em si.

As Sociedades em Comum são grandes geradoras de emprego, principalmente para aqueles que estão fora do mercado de trabalho formalizado, são responsáveis pelo pagamento de tributos, participam e fomentam a concorrência, mas, mesmo que tudo isso ocorra e que ela traga benefícios sociais, ao passar por crise econômico-financeira não tem apoio do aparato estatal para superar.

Bobbio (2007, p. 94) afirma que a atuação do direito se dá por meio de “normas gerais e abstratas” que não se adaptam à todas as situações, tampouco aos casos complexos, razão pela qual ele cria “desigualdade entre iguais e igualdade entre desiguais”. É o que se busca aqui, tratamento diferenciado para as Sociedades em Comum, permitindo a elas o registro pós pedido de recuperação, visando efetivar o direito no caso concreto.

Caso esse tratamento diferenciado não venha a ser efetivado, não se

realizada a justiça, posto que para as obrigações, o sistema jurídico equipara as Sociedades em Comum com as empresas regularizadas, todavia, no que tange às oportunidades de permanência no mercado, o mesmo não ocorre. Bobbio (2007, p. 94) critica esse engessamento do sistema jurídico “por mais que o juiz tenha a melhor intenção de fazer justiça, tal fim frequentemente se torna impossível pela própria estrutura das normas jurídicas”. Busca-se aqui liberdade para que o juiz venha a deferir a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial das Sociedades em Comum, a despeito da previsão legal, visando garantir que a justiça seja feita na análise de cada caso.

Vale frisar, que a ideia não é a recuperação de toda e qualquer Sociedade em Comum, ao contrário, somente aquelas que possuem condições para permanência no mercado e cumprem sua função social, com a geração de empregos e tributos, além de oferecer bons produtos e serviços para os consumidores, por um período mínimo de dois anos.

Para Freitas (1995, p. 16) “o Direito legislado afigura-se como uma rede de coordenadas, na qual deve obrar o intérprete, perscrutando caminhos e desvendando riquezas, especialmente aquelas ocultas sob a superfície”. Hipótese que está sendo utilizada aqui, busca-se interpretar a legislação, visando garantir a continuidade de sociedades empresárias consideradas fundamentais e importantes para o espaço em que estão inseridas. Não pretendeu-se agir em desacordo com a lei, ao contrário, pretendeu-se interpretá-la de maneira favorável às Sociedades em Comum e a todo o ordenamento jurídico, conforme afirma Freitas (1995, p. 16) “qualquer norma singular só se esclarece plenamente na totalidade das normas, dos valores e dos princípios jurídicos. Isolada, por maior clareza que aparente ter o seu enunciado, torna-se obscura e inteligível”. O prazo de dois anos estabelecidos pela legislação concursal, ao ser considerado o período em que a sociedade esteja plenamente constituída perante os órgãos competentes, não encontra guarida no princípio basilar da Lei 11.101/2005, que é o da preservação da empresa viável economicamente.

Por essa razão, na análise do caso concreto e de forma restrita, há que se interpretar os dois anos de atividade regular, como um período mínimo em que a atividade deve estar sendo exercida, sem interrupções e não dois anos de efetivo registro do contrato social perante a Junta Comercial.

Mas, é possível interpretar a legislação em benefício das Sociedades em

Comum sem que isso traga insegurança jurídica? Para isso, é necessário entender o que vem a ser a segurança jurídica nos moldes atuais e também tradicionalmente.

A segurança jurídica está relacionada com a estabilidade. Em um primeiro momento, fala-se em segurança do Direito, enquanto atualmente aborda-se a segurança por meio do Direito, tal diferenciação se faz importante para entender que a concessão da recuperação judicial ou a homologação da recuperação extrajudicial para as Sociedades em Comum não acarreta insegurança ao ambiente jurídico.

A segurança do Direito, nos dizeres de Silva (2004, p. 16-17) é compreendida sobre dois aspectos: i) segurança do direito e ii) segurança jurídica:

A segurança do direito é a que exige a positividade do direito e é, neste contexto, que a segurança se entronca com a Constituição, na medida em que esta constitui o fundamento de validade do direito positivo. [...] A segurança do direito, como visto, é um valor jurídico que exige a positividade do direito, enquanto a segurança jurídica é já uma garantia que decorre dessa positividade.

Para o autor, a segurança jurídica está relacionada com a sua positividade, ou seja, aquilo que o Direito estabelece, dessa forma, a segurança jurídica estaria atrelada apenas à aspectos formais. Todavia, a segurança jurídica abarca também um aspecto material que exige a satisfação de valores estabelecidos pela Constituição. Brito (2011, p. 6) afirma que “este é um reclame do Estado contemporâneo, que supera a mera exigência de observância da estrita legalidade, em prol da efetivação de valores atrelados à realização dos valores e princípios constitucionais”.

Assim, não basta cumprir com o que está positivado, se essa determinação fere princípios constitucionais e até mesmo da legislação que instituiu a norma. No caso em apreço, a legislação concursal estabelece que existe a necessidade de regular exercício da atividade empresária pelo período mínimo de dois anos para que seja possível a recuperação da empresa, isso é o que está positivado e, portanto, para garantir a segurança jurídica formal deve ser respeitado. Porém, entender que o regular exercício da atividade empresarial se restringe ao registro, é contrário ao que estabelece a segurança jurídica material, posto que esta engloba condutas testadas diante dos valores constitucionais, assim, a eficiência da atividade empresária deve ser analisada.

O deferimento da recuperação judicial e a homologação da extrajudicial das Sociedades em Comum está respaldada na eficiência da sociedade e nos princípios

já discutidos anteriormente, posto que somente nos casos de viabilidade econômica do empreendimento, tal qual ocorre para as demais empresas, é que seria possível. Nesse sentido, há igualdade material entre as empresas que de fato possuem condições econômicas para o soerguimento, há também igualdade de tratamento perante o Estado quando o sistema jurídico brasileiro faz equiparação entre empresa regular e informal quando se trata de obrigações, todavia, o Estado não as considera iguais diante das oportunidade de manutenção do mercado.

Se o juiz, responsável por conduzir os processos de recuperação, ao interpretar esta concepção de segurança jurídica material, analisando a Lei de Recuperação de Empresas e Falências e sua finalidade principal de manutenção da fonte de renda e emprego viável economicamente, em consonância com as demais leis do ordenamento jurídico (Código de Defesa do Consumidor, Código Tributário Nacional, Consolidação das Leis do Trabalho e Constituição) tiver fundamento para deferir a recuperação judicial ou homologar a extrajudicial ele o deve fazer, sob pena de cometer injustiça social em detrimento de uma segurança jurídica formal que nos moldes tradicionais visava apenas a previsibilidade das condutas conforme as regras estabelecidas pelo direito, diferente do que ocorre hoje, quando as condutas devem estar em consonância com os princípios constitucionais e infraconstitucionais.

Interessante alertar que as Sociedades em Comum recebem tratamento igualitário em relação às sociedades formalizadas quando diz respeito às obrigações na esfera tributária, consumerista, trabalhista e concorrencial, todavia, o tratamento é desigual e injusto quando trata-se da possibilidade de recuperação judicial ou extrajudicial, não a considerando titular de direitos amplamente discutidos na Constituição Federal e na própria legislação concursal.

Uma análise de todo o sistema jurídico permite que a ideia desse estudo seja levada a cabo, no intuito de garantir a possibilidade de utilização dos mecanismos estatais para viabilizar a recuperação das Sociedades em Comum que sejam viáveis e cumpridoras de função social, gerando emprego e renda para todos os envolvidos. Tal hipótese não pode ser considerada geradora de insegurança jurídica, pois trata-se de casos de exceção, onde a coletividade será a maior beneficiada com a manutenção da atividade empresária no mercado. Caberá ao juiz a análise do caso concreto e a verificação da viabilidade e da possibilidade de manutenção da atividade no ambiente econômico, possibilitando assim seja o

registro realizado em prazo por ele determinado, hipótese em que o processo deverá ter seguimento normalmente.

5 CONCLUSÃO

O ambiente econômico passou por grandes transformações ao longo da história, situações em que haviam maior ou menor intervenção estatal. O liberalismo, do século XVIII e início do século XIX é o período onde o Estado se absteve de intervir no ambiente econômico, cabendo ao próprio mercado a sua regulação. Em um segundo momento, passando para o outro extremo, estava o Estado de Bem-estar Social, com atuação direta do Estado na esfera econômica, todavia, já na década de 1970, essa forma de atuação estatal também não se manteve. Passando para a terceira época, pode-se falar em Neoliberalismo, onde o Estado diminui a sua participação direta no ambiente econômico preocupan-se em regulá-lo, sendo responsável pela criação de instrumentos normativos para controlar, entre outras situações, as práticas monopolísticas e a concorrência ilícita.

No Brasil, o regime jurídico econômico atual está disciplinado pela Constituição Federal de 1988 no título VII que trata da Ordem Econômica e Financeira. A atuação estatal na esfera econômica, pode ser dividida em duas modalidades: i) intervenção *no* ambiente econômico, na forma do art. 173 da Constituição Federal, que reserva essa modalidade para quando seja necessária aos imperativos da segurança nacional ou quando haja relevante interesse coletivo; ii) intervenção *sobre* o domínio econômico, o Estado age sendo agente normativo e regulador, sendo que a segunda modalidade foi a abordada neste estudo.

Os princípios e fundamentos da Ordem Econômica brasileira são os sustentáculos para possibilitar a recuperação judicial ou extrajudicial para as Sociedades em Comum, isso porque a Sociedade em Comum, embora não esteja formalizada conforme a lei, efetiva os princípios constitucionais da ordem econômica e os princípios concursais estabelecidos pela Lei 11.101/2005.

Quando se fala em valorização do trabalho humano e busca do pleno emprego, as Sociedades em Comum são as primeiras a empregar pessoas que não seriam abarcadas pelo mercado formalizado, posto que muitas vezes elas não possuem a qualificação necessária para atuar neste nicho e tampouco, condições de buscarem essa qualificação, ou então, quando possuem essa qualificação prestam serviços por conta própria, ou atuam no comércio ambulante e na fabricação de produtos caseiros. Tais princípios também foram abordados pela legislação concursal que está baseada na manutenção da fonte geradora de empregos. Não é

o registro na forma da lei que faz com que esses empregos sejam gerados. Dessa forma, a legislação concursal não pode simplesmente excluir as Sociedades em Comum da possibilidade de se recuperarem, sob risco de não efetivar o seu princípio sustentador.

Prevê a Constituição a liberdade de iniciativa econômica, sendo este um dos fundamentos da própria ordem econômica. Esse princípio possibilita que todos aqueles que queiram venham a se lançar no mercado, sem que seja necessária autorização estatal, ressalvados os casos em que haja previsão legal. Cabe ao interessado se lançar no mercado buscando o lucro, de forma que este venha a ser dividido com a sociedade onde está inserido. Na hipótese de dificuldades financeiras, cabe ao Estado prover meios para a superação da crise, mesmo em empresas não registradas, principalmente no que tange às Sociedades em Comum que estejam incluídas entre os micro e pequenos empresários, sob pena de inconstitucionalidade da lei, por se tratar de uma exigência desproporcional que fere a liberdade de iniciativa e permanência no mercado.

Ao analisar a propriedade privada e sua função social não é possível deixar de lado as Sociedades em Comum. Se o princípio da propriedade privada prevê o livre gozo e disposição dos bens dos particulares, estes podem optar por usá-los na exploração de uma atividade econômica. Porém, esse livre gozo está limitado pela função social que a atividade econômica deve exercer, ou seja, deve ser útil e atender os interesses de toda a coletividade. Os micro e pequenos empresários, mesmo sem o registro no órgão competente, muitas vezes são os responsáveis pela manutenção de toda uma coletividade onde estão inseridos, gerando emprego e renda para a população.

Importante também analisar a livre concorrência, já que este é um desdobramento da livre iniciativa antes analisada. As Sociedades em Comum participam amplamente no fomento da concorrência de forma a manter um bom preço para a população, além de possibilitar a escolha do consumidor. Cabe ao Estado possibilitar a recuperação dessas empresas, pois a elas é assegurado o direito de entrar e permanecer no mercado para que os consumidores tenham melhores opções, equilibrando-se a oferta e a procura.

O princípio da proteção do consumidor não deixa de ser observado pela Sociedade em Comum, uma vez que a própria legislação consumerista estabeleceu a obrigação das empresas, ainda que despersonalizadas, de responderem por

danos ao consumidor.

O último princípio constitucional analisado é o tratamento favorecido e diferenciado para as micro e pequenas empresas. Durante todo o trabalho buscou-se frizar que a crítica quanto ao prazo de dois anos de regularização estabelecido pela legislação concursal, está relacionado com a dificuldade que as micro e pequenas empresas encontram para se regularizarem, pelos mais diversos motivos. A própria legislação concursal, ao efetivar o princípio do tratamento favorecido e diferenciado deveria abrir margem para que as Sociedades em Comum, incluídas entre as micro e pequenas empresas, pudessem ingressar com o pedido de recuperação.

Ainda no campo dos princípios, analisou-se os princípios concursais que deveriam ser efetivados no ambiente das Sociedades em Comum, entre eles, a preservação e a viabilidade da empresa e a participação ativa dos credores para garantir o *par conditio creditorum*. Ao sugerir a recuperação das Sociedades em Comum, este estudo pretende-se focar na viabilidade da empresa deve ser sempre observada, já que se ela não for viável economicamente, a empresa e mesmo a Sociedade em Comum deve ter sua falência decretada. Para decidir sobre a possibilidade da recuperação das Sociedades em Comum é necessário que o juízo ouça os próprios credores, para saber se eles teriam interesse em dividir de forma igualitária, dentro das classes de credores, os créditos que adviriam de uma possível recuperação, já que a participação ativa deles é necessária para cumprir o princípio concursal.

Visando proteger os trabalhadores dessas atividades econômicas é que busca-se sua recuperação. Se o legislador teve por objetivo garantir o emprego dos trabalhadores, estabelecendo meios para isso (pagamento preferencial em relação aos outros credores, limitando-o ao prazo de 1 ano para pagamento), a Sociedade em Comum deve ter o seu direito respeitado por incluir os trabalhadores não abordados pelo mercado formalizado.

Os princípios constitucionais e infraconstitucionais, ambos estabelecidos pelo Estado utilizando-se da intervenção normativa, servem de instrumentos para os intérpretes na aplicação da legislação ao caso concreto. Especificamente quanto as Sociedades em Comum, é possível deferir a recuperação judicial ou a homologação da extrajudicial ao aplicar os princípios antes estudados, já que eles se efetivam também no ambiente das sociedades empresárias que não estão regularizadas nos

termos da lei.

No segundo capítulo, analisou-se, a evolução das Sociedades em Comum ao longo dos diplomas legais, passando de irregular ou de fato, no Código Comercial de 1850 e no Código Civil de 1916, para Sociedades em Comum no Código Civil de 2002. Essa mudança deixou claro que o legislador visou proteger as sociedades que não levaram seus atos constitutivos a registro perante o órgão competente. Como verdadeiras sociedades que são, já que esse caráter não está relacionado ao registro, de forma bastante extensa, buscou-se analisar as obrigações estabelecidas para a Sociedade em Comum no campo trabalhista, tributário, consumerista e concorrencial. Em todos esses campos, a personificação, na forma da lei, não é item crucial para a responsabilização dessas sociedades. Se para as obrigações não se faz necessário o registro, não é razoável que ele seja pedido para a concessão de um instrumento legal que possa recuperar uma sociedade viável e que cumpra com a sua função social.

No último capítulo, buscou-se confirmar a necessidade de viabilidade da empresa para que ela venha a ser beneficiada com a recuperação judicial ou extrajudicial. Não se propõe aqui que qualquer Sociedade em Comum seja beneficiada, ao contrário, é necessário um estudo de viabilidade econômica nos moldes do que é previsto para as sociedades ditas formalizadas.

O art. 48, *caput*, e o art. 161 da Lei 11.101/2005 estabeleceram a necessidade de regularização, o qual os doutrinadores entendem ser feita mediante arquivamento dos atos constitutivos na Junta Comercial para que o devedor possa pleitear a recuperação.

Todavia, não é a regularização neste molde o mais importante para a concessão de um direito, é preciso que seja um devedor empresário.

A qualidade de devedora da Sociedade em Comum é clara, não há maiores questionamentos, pois como visto, elas podem formalizar contratos com os credores, nas mais diversas áreas, inclusive no setor bancário. Suas dívidas são sempre passíveis de cobrança judicial, seja por execução, seja por processo de conhecimento, tendo por responsáveis os sócios já que não há separação patrimonial entre eles e a atividade.

Todavia, a crítica ocorre quando da utilização do termo empresário por parte da legislação concursal. Concluiu-se que atividade empresária será aquela que objetivar uma dimensão econômica, que vai além da aptidão primitiva da atividade.

Os três requisitos estabelecidos pelo Código Civil para a configuração da figura do empresário, quais sejam, profissionalidade, organização e economicidade, são cumpridos pelas Sociedades em Comum pois o seu fim único é auferir lucro, e isso já foi entendido um dos elementos que compõem o núcleo do conceito de empresa.

Quanto aos documentos necessários para a instrução da petição inicial, grande é a crítica acerca da dificuldade de conseguí-los, mesmo para as sociedades regularizadas, razão pela qual entende-se que podem ser dispensados ou minimizados a critério do juiz, desde que o devedor demonstre condições mínimas de cumprir com o plano que está sendo proposto.

Não buscou-se discutir aqui o tempo mínimo de exploração da atividade para que seja beneficiado pela recuperação por entender que o prazo mínimo de 2 (dois) anos é necessário para não abarrotar o Judiciário com processos desnecessários e inviáveis. Todavia, não é possível coadunar com a ideia da necessidade de registro, já que este apenas possui a natureza declaratória, ele apenas confirma uma situação já existente.

Muitos poderiam não concordar com a possibilidade de recuperação judicial ou extrajudicial para as Sociedades em Comum pois consideram que isso traria aumento no número das empresas consideradas informais, todavia, também não é o que se pretende aqui. Para isso, estabeleceu-se uma medida simples que possibilite a recuperação da empresa ao mesmo tempo em que a torna legalizada. Cabe ao juiz deferir a recuperação judicial, mediante a inscrição do empresário perante a Junta Comercial, hipótese em que o juiz ao receber o pedido de recuperação judicial deverá conceder prazo para que o devedor apresente certidão de inscrição. Na hipótese de homologação da recuperação extrajudicial, ao receber o pedido, o juiz concederá prazo para que o devedor apresente certidão de inscrição e, em seguida, homologará o plano.

No que diz respeito ao plano de recuperação especial para micro e pequenas empresas, conclui-se que não é efetivo para sua recuperação, razão pela qual a Sociedade em Comum deverá optar por um processo ordinário de recuperação judicial ou extrajudicial.

Assim, compreende-se ser possível a recuperação judicial ou extrajudicial das Sociedades em Comum visando efetivar os princípios constitucionais e concursais. Os requisitos legais devem ser mitigados face à importância dos princípios como a preservação da empresa, a valorização do trabalho humano, a

livre concorrência, a participação ativa dos credores, entre outros.

A recuperação deverá ser deferida ou homologada para atividades que tenham mais de dois anos ininterruptos de funcionamento, mostrando assim a sua perenidade. Além disso, a Sociedade em Comum deverá ser considerada viável economicamente e importante para a região em que está inserida, gerando empregos e renda.

É importante que se faça uma análise sistêmica, visando buscar o motivo pela qual a norma foi criada e, no caso da Lei 11.101/2005, o escopo é a manutenção da empresa viável economicamente, que é o que pretendeu-se demonstrar nesse estudo. Se a Sociedade em Comum pode ser responsabilizada pelo não cumprimento de suas obrigações, ela deve também ter seu direito à recuperação respeitado quando cumpre com os objetivos pelos quais a legislação foi estabelecida no ordenamento jurídico, se o contrário for aceito, estar-se-á diante de um tratamento desigual e injusto, contrário ao que a lei visa que é a superação da crise econômico-financeira das empresas viáveis.

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Os Direitos Trabalhistas na Recuperação Judicial e na Falência do Empregador**. In Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. 2007. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/amador.pdf>. Com acesso em 27 de maio de 2006.

ALVES, Cláudio Manoel. **Sociedades Irregulares**: pré-vida das sociedades. In Revista dos Tribunais. v. 556. Ano 71, de Fevereiro de 1982.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ANDERSON, Perry. **Balço do Neoliberalismo**. In EMIR, Sader; GENTILI, Pablo Gentil (org). Pós-Neoliberalismo: As políticas sociais e o Estado democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Curso de Direito do Consumidor**. Barueri: Manole, 2006.

ANDRADE, Shakespeare Teixeira. **Um Breve Estudo Sobre a Concordata**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/17373-17374-1-PB.pdf>. Com acesso em 05 de maio de 2014.

BARBIERI FILHO, Carlo. **Disciplina jurídica da concorrência**. São Paulo: Resenha Tributária, 1984

BARTINI, Caio. **Direito Tributário**. Coleção: Elementos do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Direito Econômico Brasileiro**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. atual. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2000.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira Ribeiro. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BITTI, Eduardo Silva. **A Sociedade em Comum no Código Civil Brasileiro**. Dissertação apresentada no curso de pós-graduação strictu sensu da Faculdade de Direito Milton Campos. Disponível em: <http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2011/eduardosilvabittisociedadecomumcodigocivilbrasileiro.pdf>. Acesso em: 14 de janeiro de 2014.

BOCORNY, Leonardo Raupp. **A valorização do trabalho humano no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

BORGES. José Eunápio. **Curso de Direito Comercial Terrestre**. Rio de Janeiro:

Forense, 1969.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Com acesso em 27 de agosto de 2013.

BRASIL. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850**. Código Comercial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 12 de dezembro de 2013.

_____. **Lei nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908**. Reforma a lei sobre fallencias. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1900-1909/lei-2024-17-dezembro-1908-582169-publicacaooriginal-104926-pl.html>. Com acesso em 12 de dezembro de 2013.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em 12 de dezembro de 2013.

_____. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Com acesso em 29 de janeiro de 2014.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Com acesso em 20 de dezembro de 2013.

_____. **Lei 8.934 de 18 de novembro de 1994**. Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8934.htm. Com acesso em 15 de janeiro de 2014.

_____. **Lei 10.406/2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Com acesso em 20 de março de 2014.

_____. **Lei 11.101/2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Com acesso em 20 de março de 2014.

_____. **Lei Complementar nº 123/2006**. Institui o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm. Com acesso em 18 de julho de 2014.

_____. **Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850**. Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm. Com acesso em 03 de dezembro de 2013.

_____. **Decreto nº 5.903, de 20 de setembro de 2006**. Regula a Lei nº 10.962, de 11 de outubro de 2004 e a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5903.htm. Com acesso em 28 de março de 2014.

_____. **Decreto-Lei nº5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 06 de fevereiro de 2014.

_____. **Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.** Lei de Falências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm. Acesso em 12 de dezembro de 2013.

_____. **Projeto de Lei 1.922/2011.** Dispõe sobre a recuperação judicial do devedor pessoa física. Autor: Deputado Fábio Faria. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/904065.pdf>. Com acesso em 05 de maio de 2014.

_____. **Parecer nº 546/20004.** Relator: Senador Ramez Tebet. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/86307.pdf>. Com acesso em 06 de maio de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 623367 RJ.** Relator: Ministro João Otáveio de Noronha. Publicado no DJ de 09 de agosto de 2004. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19492266/recurso-especial-resp-623367-rj-2004-0006400-3-stj>. Com acesso em 08 de abril de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 519.310/SP.** Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ITA&sequencial=468454&num_registro=200300580885&data=20040524&formato=PDF. Acesso em 05 de fevereiro de 2014

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Resp nº 1.193.115 – MT.** Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24273381/recurso-especial-resp-1193115-mt-2010-0083724-4-stj/relatorio-e-voto-24273383>. Com acesso em 08 de abril de 2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível nº 90.03.21359-3.** Relator: Juiz Sérgio Lazzarini. Publicado no D.J. em 19 de novembro de 1990. Disponível em: http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TRF3/IT/AC_21359_SP_24.10.1990.pdf?Signature=W39lu%2B6%2FFJ6iz3D5rMN40xBu3ZQ%3D&Expires=1391459112&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf. Acesso em 03 de fevereiro de 2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação/Reexame Necessário nº 2003.70.02.003303-8.** Relator: Ministro Vilson Darós. Publicado no D.E. em 04 de novembro de 2008. Disponível em: http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2518298&hash=3124bdffc31c4749bdc7fdf015a87f9f. Acesso em 03 de fevereiro de 2014. Acesso em: 03 de fevereiro de 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **R.O. nº 5524120105040304.** Relator: Leonardo Meurer Brasil. Disponível em: http://iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpi.baixar?c=37911111&f=rtf. Acesso em 06 de fevereiro de 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **R.O. nº 36000650055050161.** Relator: Cláudio Brandão. Publicado no D.J. em 03 de maio de 2006. Disponível em: <http://trt-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7455224/recurso-ordinario-ro-360006520>

055050161-ba-0036000-6520055050161/inteiro-teor-13098646. Acesso em 06 de fevereiro de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. **R.O. nº 708001720075070 025**. Relator: Antônio Carlos Chaves Antero. Publicado no DOJTe 7ª Região em 25 de setembro de 2008. Disponível em: <http://trt-7.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16856130/recurso-ordinario-ro-708001720075070025-ce-0070800-1720075070025>. Acesso em 06 de fevereiro de 2014.

BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função: novo estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; Revisão técnica de Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007.

BRITO, Mirella Barros Conceição. **Segurança Jurídico-Tributária e Proteção da Confiança do Contribuinte no Estado de Direito**. In Direito Unifacs – Revista Eletrônica Mensal. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1483/1164>. Com acesso em 21 de outubro de 2014.

CADE. **Guia Prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil**. 3ª ed. ver. Atual e bilíngue. São Paulo: CIEE, 2007.

CAMPINHO, Sérgio. **O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. v.3. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa (Contratos, Falência, Recuperação de Empresas)**. 13ª ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa (Empresa e Estabelecimento, Títulos de Crédito)**. 16ª ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2012b.

_____. **Manual de Direito Comercial**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A reforma da empresa**. In: Direito empresarial - estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Funcao Social da Propriedade dos Bens de Producao**. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. v. 63, p. 71-79, 1986.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Jornadas de Direito Civil I, II e III: Enunciados Aprovados**. Disponível em: <http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>. Com acesso em 09 de abril de 2014.

COSTA, Wille Duarte. **A Possibilidade de Aplicação do Conceito de Comerciante ao Produtor Rural**. Tese (doutorado). Universidade Federal de Minas Gerais, 1994.

CORAZZA, Edison Aurélio. **Sucessão, Crédito Tributário e a Nova Lei de Recuperação Financeira de Empresas e de Falências**. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; ARAGÃO, Leandro Santos de (coord). *Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. 2ª ed. v. VIII. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

D'ARCANHY, Maria Vidigal. **Direito “ao” trabalho**. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=425. Com acesso em 17 de julho de 2014.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Econômico – globalização e constitucionalismo**. Curitiba: Juruá, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

DRAIBE, Sonia Miriam. **As políticas sociais e o neoliberalismo: Reflexões suscitadas pelas experiências latino-americanas**. In *Revista USP*, n. 17, 1993. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/25959>. Com acesso em 20 de agosto de 2013.

DUBUGRAS, Regina M. V. **Consolidação das Leis do Trabalho – Introdução**. In *CLT interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. Coord. Domingos Sávio Zainaghi. Org. Antônio Cláudio da Costa Machado. 2ª ed. Barueri: Manole, 2009.

EBERLE, Simone. **A Capacidade Entre o Fato e o Direito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FÉRES, Marcelo Andrade. **Depuração da Sociedade em Comum: primeiras considerações sobre o regime jurídico das sociedades em formação**. *Júris Síntese*. São Paulo, 2005. n. 52, mar-abr.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1960.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FILOMENO, José Gerado Brito. **Disposições Gerais**. In *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Ada Pellegrini Grinover ... [et al.]. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____. **Curso Fundamental de Direito do Consumidor**. 2ª ed. Livro Digital. São Paulo: Atlas, 2008.

FIUZZA, Ricardo. **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

FRANCO, Vera Helena de Mello e SZTAJN, Rachel. **Falência e Recuperação da Empresa em Crise: Consideração com as posições do Direito Europeu**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Fábio Bellote. **Manual de Direito Comercial: de acordo com a Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Barueri: Manole, 2007.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa: Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. 2ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

GUEDES, Jefferson Carús. **Função das propriedades: da funcionalidade primitiva ao conceito atual de função social**. In ALVIM, Arruda. CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira. ROSAS, Roberto. Aspectos controvertidos do novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUIMARÃES, Leonardo. **Documentos a Serem Acostados Obrigatoriamente, à Petição Inicial da Recuperação Judicial**. In Direito Falimentar Contemporâneo. CASTRO, Moema A. S.; CARVALHO, William Estáquio (coord.). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.

HUGON, Paul. **História das Doutrinas Econômicas**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 1995.

HUNT, E. K.; SHERMAN, Howard J. **História do Pensamento Econômico**. Tradução de Jaime Larry Benchimol. 23ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

IMHOF, Cristiano. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência: interpretada artigo por artigo**. 2ª ed. Balneário Camboriú: Publicações Online, 2012.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Alfonso Garcia. **Princípios y positivismo jurídico**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 1998.

JUCERN – Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Norte. **Conheça a RedeSIM**. Disponível em: <http://www.jucern.rn.gov.br/Conteudo.asp?TRAN=ITEM&TARG=12570&ACT=null&PAGE=null&PARM=null&LBL=NOT%C3%8DCIA#sthash.58YTU89t.dpuf>. Com acesso em: 23 de outubro de 2014.

LANZA NETO, Henrique. **Sociedade em Comum: Regularidade e Provas de sua Constituição**. Trabalho publicado nos anais do XVII Congresso Nacional do Conpedi, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21, 22 de novembro de 2008. Disponível em:

http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/12_508.pdf. Com acesso em 30 de março de 2014.

LEITE, Roberto Basillone. **Introdução ao Direito do Consumidor**: os direitos do consumidor e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: LTr, 2002.

LISBOA, Marcos de Barros et al. **A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord). Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresa. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOBO, Jorge. **Direito Concursal**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LOPES, Mauro Brandão. **A Sociedade em Comum: Inovação do Anteprojeto do Código Civil**. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Ano XIII, Nova Série ns. 15/16. Ano 1974.

LUCCA, Newton de. **Direito do Consumidor: aspectos práticos: perguntas e respostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro. **Recuperação Judicial VS FISCO**: A sucessão tributária, a exigência de Certidão Negativa de Débito e o parcelamento. In CASTRO, Moema A. S. de; CARVALHO, William Estáquio de. Direito Falimentar Contemporâneo. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima Marques. **Campo de Aplicação do CDC**. In BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial. 22. ed. Forense. Rio de Janeiro: 1998.

MARZAGÃO, Lídia Valério. **A Recuperação Judicial**. In Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. Coord. MACHADO, Rubens Approbato. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. Autos nº 0816948-20.2013.8.12.0001. Disponível no DJ/MS de 01 de julho de 2013. p. 166-167.

MELLO, Roberta. **Redesim Reduz Prazo para Abertura de Empresas**. Disponível em: <http://www.mauronegruni.com.br/2014/08/27/redesim-reduz-prazo-para-abertura-de-empresas/>. Com acesso em 24 de outubro de 2014.

MELLO FRANCO, Vera Helena. **Manual de Direito Comercial**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, 3ª Câmara Cível. **Apelação Cível nº 11.216**. In Revista Forense, v. 172, p. 347-348. Rio de Janeiro, 1957.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, 8ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 1.0024.05.812057-7/001. Disponível em: http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=DD369425CFA030CF9F05EB2BC5BC2F89.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.05.812057-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em 26 de outubro de 2014.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORAIS, José Mauro de. **Crédito Bancário no Brasil: Participação das pequenas empresas e condições de acesso**. 2005. Disponível em: <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/2/23902/LCL2422-P.pdf>. Acesso em 14 de julho de 2014.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do Nascimento. **Comentários à Constituição Federal: Ordem Econômica e Financeira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do trabalho**. 23 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa**. 6ª ed. rev. e atual. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUNES, Marcelo Guedes, BARRETO, Marco Aurélio Freire. **Alguns Apontamentos sobre Comunhão de Credores e Viabilidade Econômica**. In: Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. Coordenação: Rodrigo R. Monteiro de Castro e Leandro Sandro de Aragão. São Paulo: Editora Quartien Latin, 2006.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, José Lamartine Correia de. **A Dupla Crise da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

PACHECO, José da Silva. **Processo de falência a concordata: comentários a lei de falências: doutrina, prática, jurisprudência**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PETTER, Lafayete Josué. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Direito Econômico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

PIMENTEL, Carlos Barbosa. **Direito Empresarial (Comercial): teoria e questões**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PINHO, Larissa Do Nascimento. Lei 11.101/2005: **Função Social Das Empresas E Recuperação Judicial**. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/recuperacao-de-empresas-e-funcao-social/73481/>. Com acesso em 2 de maio de 2014.

PIPOLO, Henrique Afonso.; AZEVEDO, Anderson de. **As perspectivas principiológicas do direito falimentar brasileiro e a nova ordem legal**. In Revista Jurídica da UniFil. Ano 2005, nº 2. Disponível em: http://web.unifil.br/docs/juridica/02/Revista%20Juridica_02-7.pdf. Com acesso em: 27 de maio de 2014.

PIRES, Karla Beatriz Nascimento. **A Proteção Constitucional do Consumidor**. Revista Anhanguera. v. 4. n. 1. Jan/Dez. 2003. Disponível em: http://www.anhanguera.edu.br/home/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=81&Itemid=367 Com acesso em 31 de julho de 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: Parte Geral**. v. 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

PORTUGAL. **Decreto-Lei 132-1993**. Dispõe sobre o Código do Processo Especial de Recuperação da Empresa e de Falência. Disponível em: http://www.igf.min-financas.pt/leggeraldocs/DL_132_93_COD_PRO_EMP_FALENCIA.htm. Com acesso em 06 de maio de 2014.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Disposições Preliminares – Aplicação da Legislação, Competência e Intervenção do Ministério Público** In: MACHADO, Rubens Approbato (coord). Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas: Doutrina e Prática. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

RAMOS, Admir. **Constituem Pessoas Jurídicas as Sociedades Irregulares?**. In Revista dos Tribunais. V. CXXIV. Fascículo n. 478. Ano XXIX, de março de 1940.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial: O novo regime jurídico-empresarial brasileiro**. 3ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2009.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 21ª ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. **Curso de Direito Comercial**. 31ª ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2012.

Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 186085114**. Relator: Desemb. Alceu Binato de Moraes. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5229391/apelacao-civel-ac-186085114-rs-tjrs>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2014.

ROCHA, Sérgio André; FARO, Maurício Pereira. **Livre Concorrência e Neutralidade Tributária**. Revista Brasileira de Direito Tributário nº21 – Jul-Ago 2010. Disponível em: http://www.bmalaw.com.br/nova_internet/arquivos/Artigos/MPF-Doutrina_Tribut%C3%A1ria_21-2.pdf. Com acesso em 25 de julho de 2014.

ROCHA FILHO, José Maria. **Curso de Direito Comercial: Parte Geral**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das Leis do Trabalho Comentada**. 37ª ed.

atual e rev. por José Eduardo Duarte Saad e Ana Maria Saad Castelo Branco. São Paulo: LTr, 2004.

SANTOS, Elenise Peruzzo. **Os Princípios Clássicos e Atuais da Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. In Principais Controvérsias na Nova Lei de Falências. Sílvio Javier Battelo (org.). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça, 6ª Câmara Cível. **Apelação Cível nº 51.554**. Relator Desembargador Justino Pinheiro. In Revista Forense, v. 140, p. 279-281. Rio de Janeiro, 1952.

_____. Câmara Especial de Falência e Recuperações Judiciais. **Agravo de Instrumento nº 604.160.4/8-00**. Relator Desembargador Pereira Calças. Disponível em: http://www.leidefalencias.com.br/mod/admlivros/arquivos/acordao/58764_20140505153241.pdf. Com acesso em 28 de outubro de 2014.

SCALZILLI, João Pedro. et. al. **Objetivos e Princípios da Lei de Falências e Recuperação de Empresa**. 2012. Disponível em: http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1229. Com acesso em 27 de maio de 2014.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito Constitucional Econômico: Estado e Normalização da Economia**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

SEBRAE. **MPEs em Números**. Disponível em: <http://www.sebraesp.com.br/index.php/234-uncategorised/institucional/pesquisas-sobre-micro-e-pequenas-empresas-paulistas/micro-e-pequenas-empresas-em-numeros>. Acesso em 23 de abril de 2014.

SENHORAS, Elói Martins. **Defesa da Concorrência: políticas e perspectivas**. Disponível em: <http://www.regeusp.com.br/arquivos/v10n1art7.pdf>. Com acesso em 25 de julho de 2014.

SILVA, José Afonso. **Constituição e Segurança Jurídica**. In: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (coord.). Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SILVA, Bruno Mattos e. **Direito de Empresa: Teoria da Empresa e Direito Societário**. São Paulo: Atlas, 2007.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações: Investigação sobre sua Natureza e Suas Causas**. v. 1. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

SOUZA, Qashington Peluso Albino de. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SZTAJN, Rachel. **Contrato de Sociedade e Formas Societárias**. São Paulo: Saraiva, 1989.

STRECK, Lenio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SÜSSEKIND, A. **Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho**. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo, ano 32, n. 123. Jul./set, 2006.

SZEZEBICKI, Arquimedes da Silva. **Os Princípios Gerais da Ordem Econômica**

Brasileira: Avanços e Efetividade desde a Constituição Federal de 1988. 2008. Disponível em: <http://www.eptic.com.br/arquivos/Publicacoes/textos%20para%20discussao/textdisc6.pdf>. Com acesso em 17 de julho de 2014.

TEBET, Ramez. **Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos:** Sobre o PLC nº 71/2003. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/86307.pdf>. Acesso em: 25 de março de 2014.

TEIZEN JUNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no código civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário.** 3ª ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2011.

ULYSSEA, Gabriel Lopes de. **Instituições e a informalidade no mercado de trabalho.** Estudos Econômicos, v. 38, p. 525-556, 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-41612008000300004&script=sci_arttext. Acesso em 2 de maio de 2014.

_____. **Informalidade no Mercado de Trabalho Brasileiro:** uma resenha da literatura. Revista de Economia Política, v. 26, n.3. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rep/v26n4/08.pdf>. Acesso em 2 de maio de 2014.

VAZ, Manuel Afonso. **Direito Econômico.** Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial.** São Paulo: Malheiros, 2004.

VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria Falimentar e Regimes Recuperatórios: Estudos sobre a Lei 11.101/2005.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

VINHA, Thiago Degelo. **Estado e Economia: O intervencionismo estatal no atual cenário jurídico-econômico brasileiro.** In Hórus – Revista de Humanidades e Ciências Sociais Aplicadas. n. 3. Ano 2005. Disponível em: <http://portaladm.estacio.br/media/3708898/artigo-thiago.pdf>. Com acesso em: 04 de agosto de 2014.

WALD, Arnold. **Comentários ao Novo Código Civil.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. XIV.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.