

A DICOTOMIA ENTRE A SAÚDE DAS PESSOAS E A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA EM TEMPOS DE COVID-19

Maria Cláudia Viana Hissa Dias do Vale Gangana: Advogada especialista em Direito Civil e Empresarial. Sócia Fundadora da Gangana Sociedade de Advogados. Coordenadora de Núcleo de Prática Jurídica e Professora no Centro Universitário Estácio de Belo Horizonte. Mestranda em Direito Empresarial pela Milton Campos. Especialista em Direito Civil pela PUC Minas. Endereço: Rua Bernardo Guimarães, n. 245, 5º andar, Bairro Funcionários, em Belo Horizonte/MG, CEP 30140-080. E-mail: mariaclaudia@gangana.com.br. Telefones: 31-3070-1212 e 31-99837-9234.

Pedro Figueredo de Souza Junior: Advogado especialista em Recuperação Judicial e Falência. Sócio da Passos e Chaves Sociedade de Advogados. Especialista em Direito Processual pela PUC Minas. Endereço: Avenida do Contorno, n. 8000 – conjunto 1005, Bairro Lourdes, em Belo Horizonte /MG, CEP 30110-056. E-mail: pedrofadvmg@gmail.com. Telefone: 31-97508-6547.

Wellington Gangana da Fonseca: Advogado especialista em Direito Civil e Empresarial. Sócio Fundador da Gangana Sociedade de Advogados. Especialista em Direito do Trabalho pela FUMEC. Pós Graduando em Direito dos Contratos pelo Centro de Estudos em Direito e Negócios. Endereço: Rua Bernardo Guimarães, n. 245, 5º andar, Bairro Funcionários, em Belo Horizonte/MG, CEP 30140-080. E-mail: wellington@gangana.com.br. Telefone: 31-3070-1212 e 31-99655-5599.

RESUMO

O objetivo deste artigo é demonstrar que, após a Constituição da República de 1988, a empresa ganhou novos contornos jurídicos, passando a ser entendida como fonte produtora, permitindo, por conseguinte, uma leitura contemporânea aos processos de recuperação judicial. Entretanto, diante da pandemia da COVID-19, foi necessário repensar as diretrizes de tais processos, a fim de permitir o efetivo soerguimento do devedor empresário em crise, motivo pelo qual foi proposto o Projeto de Lei n. 1397/2020, que sugere medidas emergenciais, alterando, em caráter provisório, a Lei n. 11.101/2005.

Palavras-chave: COVID-19. Saúde. Princípio da Preservação da Empresa. Isolamento Social. Medidas Emergenciais.

ABSTRACT

The purpose of this article is to demonstrate that, after the 1988 Constitution of the Republic, the company gained new legal outlines, becoming understood as a production source, allowing, therefore, a contemporary reading of the judicial recovery processes. However, in view of the COVID-19 pandemic, it was necessary to rethink the guidelines of such processes, in order to allow the effective uplift of the debtor entrepreneur in crisis, which is why Bill n. 1397/2020, which suggests emergency measures, provisionally changing Law n. 11.101/2005.

Keywords: COVID-19. Health. Principle for Preserving Company. Social Isolation. Emergency Measures.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988, ao tratar da ordem econômica e financeira no ordenamento jurídico pátrio, em seu inciso III, ressaltou o princípio da função social da propriedade como basilar, mormente para delimitar o exercício das atividades econômicas. Tal previsão constitucional, como não poderia deixar de ser, impactou fortemente o Direito Empresarial.

Isso porque, como é sabido, o empresário, aqui entendido como a pessoa física ou jurídica que exerce a atividade econômica organizada, para fins da produção e da circulação de bens e serviços, é um importante agente econômico, capaz de traçar os rumos da economia nacional, haja vista a sua influência no mercado. Entretanto, para atingir o fim social constitucionalmente insculpido, a atividade empresária deve observar alguns limites, dentre eles, aquele imposto pela função social da propriedade.

Seguindo essa linha de raciocínio, a Lei n. 11.101/2005, que regulamenta a recuperação judicial, a extrajudicial, bem como a falência dos devedores empresários, rompeu com o padrão legal até então estabelecido pelo Decreto-Lei n. 7661/45, eis que inaugurou um novo olhar sobre a empresa. Com efeito, a empresa, enquanto atividade, passou a ser vista como fonte produtora, responsável não só pela manutenção dos postos de trabalho e das relações comerciais, mas também, por sua importante participação na formação de receita pública, enquanto contribuinte, bem como pela capacidade de estimular a economia.

Em outras palavras, a empresa deixou de ser mera fonte de lucro dos sócios e ganhou notoriedade no âmbito coletivo, eis que as relações mantidas são de interesse público, capazes de impactar socialmente, na busca de uma vida mais digna. Assim, a situação de crise econômico-financeira do devedor empresário extrapola os limites privados antes reconhecidos, passando a interessar toda a coletividade envolvida com a empresa, na medida em que a sua quebra pode impactar os interesses sociais já mencionados.

Desse modo, a partir da Lei n. 11.101/2005, busca-se preservar as atividades economicamente viáveis, socializando os riscos empresariais. De fato, a partir da novel legislação, não se permite a decretação da quebra da empresa com o mero intuito único de

pagar credores. Objetiva-se, sempre quando possível, o soerguimento da empresa, com a distribuição equilibrada dos ônus de um processo concursal.

Ocorre que, diante da pandemia da COVID-19, que compeliu a sociedade ao isolamento, sem qualquer possibilidade de organização prévia das atividades econômicas organizadas, estas sofreram impactos sem precedentes, para os quais não estavam preparadas, em quaisquer dos seus aspectos. Aliás, a pandemia aqui tratada revelou a necessidade de entender o conceito de cidadania cosmopolita e, por conseguinte, a adoção de medidas que resguardem não só a economia local, ante a globalização da crise.

Nesse contexto, as diretrizes e as medidas originariamente previstas na Lei n. 11.101/2005 não se revelam suficientes para o enfrentamento da crise, cuja origem remonta às questões de saúde. De fato, diante da gravidade dos problemas econômicos e, sobretudo, da extensão deles no tempo e no espaço, eis que se trata de uma crise mundial, com a necessidade de medidas de saúde pública para a sua contenção, revela-se necessária a adequação da norma para o enfrentamento do momento, sob pena de decretação da quebra de inúmeras empresas economicamente viáveis.

Mas, não é só. É necessária a organização do Poder Judiciário para o enfrentamento da crise, na medida em que, indubitavelmente, haverá um aumento na distribuição das ações de recuperação judicial, na busca do reequilíbrio econômico-financeiro das empresas brasileiras, como forma de preservar os postos de trabalho, as relações comerciais, a receita pública etc.

Nessa senda, emergiu o Projeto de Lei n. 1397/2020, que sugere a adoção de medidas mais efetivas e enérgicas para o enfrentamento da crise econômico-financeira, as quais possuem natureza emergencial e alteram, em caráter provisório, a Lei n. 11.101/2005. As medidas em comento, como se verá, estão em consonância com o princípio da preservação da empresa que busca, em uma análise mais aprofundada do instituto, a concretização da sua função social, na forma como insculpida constitucionalmente, expandindo fronteiras.

Ver-se-á que a adoção de tais medidas emergenciais revela-se imperiosa, sob pena de tornar inviáveis empresas essenciais ao desenvolvimento da economia nacional e global,

agravando, sobremaneira, o momento de crise, com a possibilidade de grave e extenso impacto social, o que não se pode permitir.

2. A CRISE ECÔNOMICO-FINANCEIRA GLOBAL DECORRENTE DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS SOB O ASPECTO CONSTITUCIONAL

A Constituição da República de 1988, ao inaugurar um novo sistema democrático, deu enfoque aos direitos fundamentais, os quais enfrentam, ao longo dos anos, crises políticas, econômicas e sociais, estando, pois, expostos a desafios de toda ordem, no âmbito interno e externo.

Registra-se que a concepção de direitos fundamentais constante na Constituição da República de 1988 vai ao encontro da tradição alemã, notadamente após a decisão proferida por aquela Corte, no Caso *Lüth*, que influenciou outros ordenamentos. A partir da decisão proferida em segunda instância naquele caso, o Direito Constitucional passou a ter delimitações mais claras e abrangentes, eis que os direitos fundamentais foram reconhecidos como forma de defesa do cidadão contra o Estado.

Mas, não é só. A partir de tal decisão, a Constituição da República passou a ser vista como diretriz da norma infraconstitucional, conferindo-se amplitude aos direitos constitucionais e reconhecendo-se a ideia de ponderação de bens como meio de resolução de conflitos, notadamente nas situações de tensão ou de colisão entre direitos fundamentais.

Seguindo essa linha de convivência harmônica entre os direitos fundamentais, a Constituição da República de 1988, com o passar do tempo, preservou o seu rol de direitos e garantias, os quais devem ser resguardados casuisticamente, seguindo os padrões hermenêuticos já citados.

Para os fins deste trabalho, destaca-se o direito à saúde, previsto no art. 6º da Carta Magna¹. Trata-se, a bem da verdade, de um direito social que assegura a existência humana digna e a promoção da justiça social, consideradas como fundamento e objetivo da República Federativa do Brasil, respectivamente. Destarte, a concretização do direito à saúde é assunto

¹ Após a Emenda Constitucional n. 90, do ano de 2015, que ampliou o rol dos direitos sociais, o art. 6º da Constituição da República passou a ter a seguinte redação: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

de extrema relevância social, notadamente diante da sua indisponibilidade e da necessidade de efetiva realização e proteção.

Nesse sentido, é importante salientar que a Carta Magna de 1988, em seu art. 196², preceitua que compete ao Estado a adoção de medidas políticas, sociais e econômicas que assegurem o direito à saúde, bem como o seu acesso universal e igualitário, para fins da sua promoção, proteção e recuperação.

Em outras palavras, o direito à saúde, na condição de direito fundamental, tem aplicabilidade imediata, integrando um regime jurídico especial e qualificado, que comporta inúmeras controvérsias, mormente após a sua ponderação com o princípio da reserva do possível, pelo poder judiciário. Isso porque, como é sabido, o direito à saúde, uma vez violado ou passível de violação, deve ser resguardado por meio do Estado, pelo devido processo legal, marcado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa. Permite-se, pois, a judicialização da saúde, mas o ativismo judicial, não³.

Infere-se, então, que incumbe ao Estado, por meio dos seus poderes independentes e harmônicos entre si, efetivar a tutela dos direitos fundamentais, voltada à salvaguarda deles, por meio da adoção de procedimentos adequados ao estado democrático de direito. A respeito dos procedimentos de proteção dos direitos fundamentais, Robert Alexy salienta que *“as normas de organização e procedimento devem ser criadas de forma que o resultado seja, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, conforme os direitos fundamentais.”* (ALEXY, 2008, p. 473).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Konrad Hesse defende que: *“a organização e o procedimento podem ser considerados o único meio de alcançar um resultado conforme aos*

² Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

³ O Ministro Luís Roberto Barroso, ao tratar do tema, esclarece que: [...]A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. [...] (BARROSO, 2008).

direitos fundamentais e de assegurar a sua eficácia. Do outro lado, é direito do cidadão.” (HESSE, 1998, p. 434).

E, arrematando tal entendimento, importante doutrina sustenta que tais prestações positivas *“jamais poderão ser relegadas a conceitos de oportunidade ou conveniência do agente público, eis que não podem transformar-se em mero jogo de palavras, pois, como visto, são indispensáveis à manutenção do “status” de dignidade da pessoa humana”*. (ABUJAMRA; BAHIA, 2010, p. 57/58).

Desse modo, sob o prisma da Constituição da República de 1.988, a garantia de defesa dos direitos fundamentais, por procedimentos alinhados aos princípios constitucionais, trata-se, a bem da verdade, de um dever do Estado, sob a ótica do estado democrático de direito.

Em tempos de pandemia, tais conceitos devem ser revisitados, haja vista o desafio do direito constitucional em preservar os direitos fundamentais, entre eles, o direito à saúde, manifestamente afetados por questões transnacionais, já que o mundo luta para enfrentar os nefastos efeitos da COVID-19. Isso porque, dada a disseminação exponencial da doença no mundo, a qual gera consequências na vida das pessoas, em seus aspectos pessoais e coletivos, afetando interesses de toda ordem, dos mais básicos aos mais essenciais, faz-se necessária uma análise da pandemia, sob a sua perspectiva jurídico-constitucional⁴.

Em razão de tal cenário, é necessária a compreensão de uma nova acepção de cidadania, a cosmopolita, diante do mundo globalizado atual, que já não se prende às fronteiras físicas delimitadas geograficamente⁵. Nesse sentido, destaca-se:

Já que agora a comunidade (mais estreita, mais larga), difundida sem exceção entre os povos da Terra, foi tão longe que a infração do direito em

⁴ [...] Sob o prisma do Direito, onde se lê pandemia, leia-se provável restrição das liberdades fundamentais. A gramática da vigilância epidemiológica compreende a quarentena, a limitação ou interdição de viagens, o recrudescimento do controle fronteiriço ou mesmo o fechamento de fronteiras, a imposição de terapias, a restrição ou supressão de reuniões públicas, a vacinação obrigatória, ou até ingerências no modo como se realizam os funerais. Além das interdições mais visíveis, na cotidiana gestão da escassez que toca aos sistemas de saúde dos países periféricos, a política pública a conduzir uma urgência sanitária traz em seu bojo complexas decisões de fundo: quem terá direito às primeiras vacinas? Quais serão as prioridades de tratamento médico e acesso aos leitos hospitalares? Serão “quebradas” as patentes dos medicamentos essenciais ao tratamento da enfermidade? [...] (VENTURA, 2009).

⁵ É importante salientar que o cosmopolitismo tem origem com Immanuel Kant, na obra A Paz Perpétua, na qual se faz referência ao “Direito Cosmopolita” estabelecendo-se um direito dos cidadãos no mundo.

um lugar da Terra, é sentido em todos, não é, assim, a ideia de um direito cosmopolita nenhum modo de representação fantasioso e extravagante do direito, mas um complemento necessário do código não escrito, tanto do direito do Estado como do direito internacional, para um direito público dos homens em geral e, assim, para a paz perpétua, da qual pode-se aprazer encontrar-se na aproximação contínua somente sob esta condição. (KANT, 2010, p. 41)

A partir do entendimento cosmopolitano, é possível sustentar uma nova acepção de cidadania, mais ampla e inclusiva:

Assim, uma nova acepção do termo cidadania se desenvolve, hoje, mais ampla e inclusiva. O cidadão atual, diferentemente do descrito por Aristóteles no âmbito das polis e pelos revolucionários do Século XVIII nas declarações de direitos liberais, não mais pauta sua relação jurídica principal com o Estado apenas nos limites do princípio da representatividade e da subsunção à autoridade pública. Sem comprometimento da soberania estatal, há, em nossos dias, uma maior demanda pela amplificação da soberania popular que resulta na extensão, via de consequência, do significado da cidadania. Uma das provas foi já citada – novos canais de comunicação entre Estado e sociedade civil; outra é a exigência de accountability, já que o cidadão pretende não somente participar das tomadas de decisões, como estabelecer critérios de controle sobre os seus representantes que administram os bens comuns da sociedade. A criação de mecanismos de controle do cidadão sobre o Estado, como a ação popular e a ação civil pública, na área jurídica estrita, e a exigência de accountability, na área jurídico-política (princípio da moralidade, da eficiência, etc.), representam esse novo contexto estrutural no qual o ordenamento jurídico tanto autoriza tais instrumentos como é, também, forçado e se adequar a essas novas demandas. (SOUZA, 2010, p. 128).

Desta feita, a despeito da ideia originária de cidadania, esta pode ser vista a partir das relações globalizadas, entendida, aqui, como cidadania cosmopolitana, na qual *“cada indivíduo é considerado como um integrante de uma sociedade mundial”*⁶.

Nesse contexto, diante da extensão e da gravidade dos efeitos da pandemia, que vêm se alastrando mundo afora, surgiu a necessidade de se discutir pontos até então relegados, ou até mesmo não pensados no mundo jurídico, especialmente diante do paradigma constitucional de preservação do direito fundamental à saúde, garantido às pessoas, pela Constituição da República de 1.988, bem como da fragilidade do sistema de saúde nos dias atuais e, ainda, a dicotomia entre referido direito fundamental e a economia.

⁶ NASCIMENTO, Valéria Ribas do. O tempo das reconfigurações do constitucionalismo: os desafios para uma cultura cosmopolita. São Paulo: LTr, 2001, p. 69-70.

Não bastassem as questões de prevenção e de tratamento destinadas à COVID-19, o isolamento social, recomendado pela Organização Mundial de Saúde – OMS como forma de enfrentamento da pandemia e de preservação do sistema de saúde, que limita a liberdade das pessoas e, por conseguinte, o seu direito de ir e vir, também deve ser analisado diante dos impactos na economia, em especial sobre os seus agentes, cujas atividades são essenciais à manutenção de uma vida digna.

Aliás, diante de tal situação de anormalidade instaurada mundialmente, pode-se dizer que, uma vez mais, deve ser reanalisada a importância da empresa na economia, mormente sob o seu aspecto constitucional, revelando-se o desafio do Direito Constitucional, no sentido da sua preservação, mas sem o afastamento da premissa de que, nesse momento, a proteção e a manutenção da saúde pública são prioridades do Estado⁷.

Conclui-se, portanto, que diante do alargamento do conceito de cidadania, para fins de estendê-lo à ideia de cosmopolita, emergiu a necessidade comum de manutenção da vida e da saúde pública, as quais, no ordenamento jurídico pátrio, devem ser entendidas como direitos fundamentais a serem tutelados pelo Estado, em consonância com a preservação da empresa.

Trata-se, pois, de um desafio do Estado, no sentido de tutelar a vida e a saúde, sem, contudo, afastar a necessidade de instauração de meios para o enfrentamento da crise também sob o aspecto econômico, eis que, como é sabido, a empresa é importante agente social, apto a resguardar os direitos mais essenciais da sociedade. Sendo assim, não se pode falar em saúde econômica sem entrelaçar tal conceito com a saúde das empresas.

3. OS MEIOS LEGAIS COLOCADOS À DISPOSIÇÃO PELO ESTADO PARA A MANUTENÇÃO DA SAÚDE FINANCEIRA DAS EMPRESAS

⁷ Nesse sentido, destaca-se a análise de Ingo Wolfgang Sarlet sobre o assunto: [...] Estabelecendo aqui um vínculo direto e umbilical com a teoria geral dos Direitos Fundamentais, verifica-se que a principal fonte de violações está relacionada ao fato de que tanto as medidas engendradas e concretamente aplicadas, ainda que com o escopo de proteger a saúde e vida da população, quanto omissões, envolvem restrições aos direitos e garantias do cidadão, seja no sentido de uma intervenção constitucionalmente ilegítima no seu âmbito de proteção, seja em virtude da ofensa ao dever estatal de proteção suficiente, figuras que aqui não iremos desenvolver, inclusive por se tratar de ponto a ser abordado em outras colunas. O ponto nodal da questão, contudo, como, aliás, amplamente conhecido, não é o fato corriqueiro da restrição a direitos, característico e indissociável do dia a dia da vida numa sociedade politicamente organizada, mas sim, a sua legitimação jurídico-constitucional, que parte do pressuposto (essencial ao Estado Democrático de Direito), de que os fins não justificam o uso de todo e qualquer meio e da conexa (mas não idêntica) proibição de arbítrio. [...] (SARLET, 2020).

O Estado, como forma de evitar a falência das empresas e permitir o seu soerguimento financeiro, criou um microsistema de normas cujo objetivo principal é viabilizar a continuidade atividades empresárias, superando, por conseguinte, o cenário de pré-insolvência.

Sendo assim, algumas sociedades fazem uso dos institutos previstos na Lei n. 11.101/2005, quais sejam, a recuperação judicial ou extrajudicial, como forma de equalização do ativo com o passivo, mantendo a sua atividade empresarial, os empregos gerados e exercendo efetivamente a sua função social.

Vale registrar que a mencionada legislação restringe a sua aplicação tão somente aos empresários e às sociedades empresários que preencham os requisitos legais, excluindo a sua incidência para empresas públicas, sociedades de economia mista, instituições financeiras públicas ou privadas, cooperativas de crédito, consórcios, entidades de previdência complementar, operadoras de plano de saúde, seguradoras, sociedades de capitalização e outras sociedades equiparadas a todas as já mencionadas.

A depender da modalidade escolhida pelo devedor para contornar a sua crise financeira, adotar-se-á sistemática procedimental diversa, notadamente quanto à atuação do Poder Judiciário, a forma e o momento de negociação com os credores.

A recuperação judicial pode ser entendida como benesse estatal posta às sociedades para superação da crise financeira, possibilitando a continuidade da atividade produtiva, estimulando à economia e gerando empregos. No mesmo sentido foram as definições de José da Silva Pacheco e Manoel Justino Bezerra Filho:

Se, eventualmente, um empresário ou sociedade empresária entra em crise, com a momentânea alteração do curso de seus negócios, trazendo-lhe problemas de natureza econômica, financeira ou técnica, é razoável que a ordem jurídica lhe proporcione anteparos, visando não somente a sua estrutura jurídica ou econômica nem apenas o binômio credor-devedor, mas, sobretudo, a sua função social. (PACHECO, 2007, p. 110).

Por isto mesmo, a Lei, não por acaso, estabelece uma ordem de prioridade nas finalidades que diz perseguir, colocando como primeiro objetivo a ‘manutenção da fonte produtora’, ou seja, a manutenção da atividade

empresarial em sua plenitude tanto quanto possível, com o que haverá possibilidade de manter também o ‘emprego dos trabalhadores’. Mantida a atividade empresarial e o trabalho dos empregados, será possível então, satisfazer os “interesses dos credores”. (MANOEL, 2015, p. 130).

Após deferido o processamento da recuperação judicial, a devedora dispõe de um prazo para a apresentação do seu plano recuperatório, cuja deliberação ficará a cargo dos credores em Assembleia Geral, a ser convocada pelo magistrado, em caso de apresentação de objeções pelos credores. Isso porque, na hipótese de inexistência de objeções pelos credores, o plano é homologado automaticamente, sem a necessidade da convocação do ato assemblear.

Como é sabido, a deliberação assemblear é soberana, de modo que não pode o Poder Judiciário interferir na decisão da maioria dos credores, na medida em que a sua atuação se limita a homologar o plano e conceder a recuperação judicial, afastando eventuais cláusulas ilícitas, ou convolá-la em falência. Portanto, em se tratando de recuperação judicial, como o próprio nome diz, há intervenção direta do Poder Judiciário, sempre de forma imparcial, fiscalizando os atos e o cumprimento das obrigações pela devedora, bem como administrando os direitos e os interesses dos credores.

Por outro lado, no que tange à recuperação extrajudicial, a negociação entre a devedora e os credores ocorre de maneira prévia, excetuados os credores trabalhistas ou cujos créditos decorrem de acidente de trabalho, o fisco e os credores fiduciários.

Na recuperação extrajudicial, a atuação do Poder Judiciário restringe-se à homologação do plano recuperacional, uma vez que, nessa modalidade, a devedora já negociou extrajudicialmente com os credores, como já dito.

Além disso, os efeitos das duas modalidades também são distintos, uma vez que na recuperação judicial em caso de não aprovação do plano tem-se a convalidação automática em falência, já na extrajudicial, em caso de não homologação do plano, não se tem a decretação imediata da quebra. Registra-se, ainda, que o segundo procedimento mencionado (recuperação extrajudicial) é menos aderido pelas sociedades em crise, sendo o judicial, portanto, mais utilizado pelos devedores em geral.

Nota-se, portanto, a relevância do instituto recuperacional no contexto econômico e

social do país, notadamente para a preservação da empresa e estímulo à economia.

4. O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E A SUA EFETIVIDADE EM TEMPOS DE INSTABILIDADE ECONÔMICA

O instituto da recuperação judicial tem como norte o princípio da preservação da empresa. Dito princípio tem como objetivo possibilitar o soergimento financeiro da devedora e, por consequência, a continuidade da atividade empresária, a manutenção dos empregos, o cumprimento dos interesses dos credores, estimulando a economia.

A propósito, Fábio Ulhôa Coelho adverte que o judiciário no âmbito recuperacional deve promover a efetividade do princípio da preservação da empresa de acordo relevância social da devedora. Veja-se:

O princípio da preservação da empresa, o que se tem em mira é a proteção da atividade econômica, como objeto de direito cuja existência e desenvolvimento interessam não somente ao empresário, ou aos sócios da sociedade empresária, mas a um conjunto bem maior de sujeitos. Na locação identificadora do princípio, “empresa” é o conceito de sentido técnico bem específico e preciso. Não se confunde nem com o seu titular (“empresário”) nem com o lugar em que explorada (“estabelecimento empresarial”), O que se busca preservar, na aplicação do princípio da preservação da empresa, é, portanto, a atividade, o empreendimento. E complementa: “O princípio da preservação da empresa é legal, geral e implícito. (COELHO, 2014. p. 79).

Adicionalmente, são valiosas as lições de Rachel Sztajn sobre o princípio da preservação da empresa:

A manutenção de empregos, o respeito aos interesses dos credores, a garantia da produção e circulação de bens e serviços e mercados são objeto de específica tutela na reorganização, desde que sejam respeitados os fundamentos econômicos da organização das empresas, de sua participação nos mercados, no criar e distribuir bem-estar, gerar riquezas. Lógico o esforço da nova disciplina visando a mantê-la em funcionamento quando se demonstre a viabilidade da continuação das operações. Nítido o abandono da visão informadora da legislação revogada que dava prioridade, por entendê-la mais adequado, retirar do meio (do mercado) o comerciante inábil ou inepto que pudesse aumentar o risco inerente à atividade comercial. Tanto é que, indeferido, por qualquer motivo, o pedido de concordata preventiva, a decretação da falência era compulsória. Agora, antes de determinar a quebra analisam-se as probabilidades de sobrevivência do negócio, sob mesma ou outra administração, com o que se altera o foco da tutela que anteriormente era o mercado de crédito e a confiança, para, mantida esta, tutelar o devedor de

boa-fé. A função social de empresa presente na redação do artigo, indica, ainda, visão atual referente à organização empresarial, cuja existência está estribada na atuação responsável no domínio econômico, não para cumprir obrigações típicas do Estado, nem substituí-lo, mas sim no sentido de que, socialmente, sua existência deve ser balizada pela criação de postos de trabalho, respeito ao meio ambiente e à coletividade e, nesse sentido é que se busca preservá-la. (COELHO, 2014. p. 79).

Percebe-se, portanto, que a legislação recuperacional foi estruturada para o alcance da preservação da empresa. Em que pese a existência de uma legislação de prevenção de insolvência, cujo fim maior é a preservação da empresa, em tempos de crise econômica generalizada, ela pode se mostrar pouco eficiente para atender o cenário atual enfrentado, no qual as empresas estão praticamente paralisadas e sem auferir lucro em decorrência das medidas de isolamento social para a contenção da disseminação do vírus.

Sob essa ótica, tornam-se necessárias a adoção de medidas emergenciais para prevenir a crise econômico-financeira, adequando o sistema já existente à realidade atual com vistas à preservação das empresas, evitando-se falências em massa.

5. MEDIDAS EMERGENCIAIS PROPOSTAS PARA A PREVENÇÃO À INSOLVÊNCIA

As ações de isolamento social implementadas pelo Estado vêm impactando diretamente a econômica brasileira, na medida em que muitas empresas estão com seus negócios fechados e, por isso, elas não conseguem cumprir as obrigações com os seus colaboradores, credores e o próprio fisco.

Algumas medidas já foram adotadas para o enfrentamento da crise pelo Estado, como por exemplo, o diferimento do pagamento dos tributos, a flexibilização das relações trabalhistas, permitindo-se a redução das jornadas de trabalho ou a suspensão provisória dos contratos de trabalho e, também, a concessão de empréstimos às empresas para o custeio das despesas correntes. Contudo, tais medidas isoladas, não são suficientes para a superação da crise financeira. Sendo assim, foi apresentado o Projeto de Lei n. 1397/2020 propondo medidas emergenciais para o enfrentamento da situação econômica atual.

O referido Projeto de Lei, dentre outras questões, sugere a criação de um sistema de prevenção à insolvência, suspensão legal das obrigações vencidas após 20/03/2020,

negociação preventiva de jurisdição voluntária a todos os agentes econômicos, regulamentação do pedido de recuperação judicial ou extrajudicial após a negociação coletiva e, por fim, alterações provisórias na Lei n. 11.101/2005.

Vale registrar que no Projeto de Lei há a definição de agente econômico para fins de sua aplicação. Com isso, são considerados agentes econômicos os empresários individuais, o produtor rural e o profissional autônomo que exerça regularmente as suas atividades.

No tocante ao prazo de suspensão, foi proposta a paralisação, por 30 (trinta) dias, contados da data de vigência da lei, da tomada de medidas judiciais e de excussão de garantias reais, fidejussórias e de coobrigados relativas aos inadimplementos de obrigações de qualquer natureza, bem como do vencimento antecipado das dívidas.

E mais: durante aludido período, os credores e os devedores deverão chegar em um consenso para a quitação das dívidas pendentes.

Após o transcurso do prazo de suspensão, em sendo o caso, os agentes econômicos, desde que demonstrado queda do faturamento de no mínimo 30% (trinta por cento) comparado ao mesmo período do ano anterior, poderão ingressar, em até 60 (sessenta) dias, com o procedimento de jurisdição voluntária, o que culminará na suspensão automática do cumprimento das obrigações existentes a partir de 20/03/2020, exceto as dívidas salariais e de contratos firmados/repactuados após a aludida data.

As negociações preventivas ocorrerão pelo período de até 90 (noventa) dias, contados da distribuição do pedido do procedimento jurisdição voluntária.

Não sendo possível a negociação e caso seja requerida a prorrogação do prazo, tal pedido será recebido como recuperação judicial. Acaso preenchidos os requisitos legais e deferido o processamento da recuperação judicial, serão decotados do *stay period* o prazo legal de 30 (trinta) dias e, também, o período de 90 (noventa) dias da negociação preventiva.

Além disso, os credores que celebrarem acordos com a devedora no período de suspensão legal e negociação preventiva, anteriormente ao pedido de recuperação judicial ou extrajudicial, terão reconstituídos, em até 360 (trezentos e sessenta) dias da data das

transações, os direitos e garantias nas condições originais de contratação.

No tocante às propostas de alteração provisória da Lei n. 11.101/2005, com vigência prevista até 31/12/2020, destacam-se: (i) a redução do quórum legal para a aprovação do plano de recuperação judicial para metade mais um dos créditos de cada classe; (ii) a aplicação do prazo de suspensão das ações e execuções em face da devedora pelo período do art. 6º, §4º, da Lei nº 11.101/2005 também nas recuperações extrajudiciais; (iii) a flexibilização dos requisitos para o pedido de recuperação judicial ou extrajudicial, relativamente ao gozo da benesse dos procedimentos anteriormente; (iv) a alteração do limite mínimo para o pedido de falência, previsto no art. 94, inciso I, da Lei nº 11.101/2005, que passará a ser de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); (v) a impossibilidade de convalidação da recuperação judicial em falência em decorrência do não cumprimento de obrigações do plano homologado.

Vale frisar que o Projeto de Lei foi aprovado na Câmara dos Deputados e está pendente de deliberação pelo Senado Federal. Entretanto, ainda que provisórias, as medidas modificaram substancialmente o sistema de insolvência brasileiro como forma de prevenção de falências generalizadas, haja vista o cenário econômico atual.

Além das medidas já abordadas, vale ressaltar as propostas de alteração da Lei n. 11.101/2005, relativamente aos processos de recuperação judicial ou extrajudiciais já em curso, especialmente sobre os planos já homologados ou não.

Isso porque o magistrado não poderá convolar a recuperação judicial em falência em virtude do descumprimento do plano e, além disso, há a previsão de suspensão do cumprimento das obrigações do plano pela devedora pelo período de 120 (cento e vinte) dias.

Mas, não é só. Além da suspensão da exigibilidade do cumprimento das obrigações do plano, pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias e, também, da impossibilidade da convalidação da recuperação judicial em falência por descumprimento do plano, será possível a apresentação de novo plano ou aditivo e, também, a inclusão de créditos posteriores à data do pedido recuperacional.

Nessa seara, os créditos extraconcursais serão submetidos às condições de

pagamento contidas no plano, ou seja, contrariamente à sistemática da legislação recuperacional vigente. Contudo, logicamente sem tirar o mérito das medidas apresentadas, as alterações propostas propiciarão aos credores verdadeira situação de insegurança jurídica, notadamente quanto à satisfação dos seus créditos.

Ademais, tais medidas, acaso não fiscalizadas efetivamente, possibilitarão o desvirtuamento dos seus reais objetivos, tendendo a beneficiar devedores oportunistas, com o claro condão de postergar o cumprimento das obrigações do plano em detrimento dos credores.

Nesse contexto, em que pesem as alterações propostas tenham como fundo a preservação da empresa, os direitos dos credores não podem ser preteridos em favor da devedora em crise, devendo ser sopesados até que sejam encontradas soluções mais equilibradas, mas que resguardem a possibilidade de reestruturação da empresa em crise.

6. CONCLUSÃO

A partir das premissas expostas neste trabalho, constata-se que a Constituição da República de 1988 cuidou de traçar os direitos e garantias fundamentais a serem tutelados pelo próprio Estado, entre eles, o direito à vida e à saúde. Sem prejuízo a tais direitos, com vistas na dignidade da pessoa humana, foi inaugurado, na Lei n. 11.101/2005, o princípio da preservação da empresa, cujo pano de fundo é constitucional.

Os princípios aqui tratados se entrelaçam a partir do momento em que a empresa se revela como importante agente econômico, indispensável à manutenção de uma vida digna, já que, com a sua salvaguarda, resguardam-se postos de trabalho, relações comerciais e arrecadação estatal, cuja receita destinar-se-á à realização de serviços públicos.

Destarte, diante de uma crise globalizada, originada no âmbito da saúde pública, a atenção à vida e à saúde ganham destaque. Contudo, não se pode olvidar a necessidade de proteção da empresa economicamente viável, eis que ela é um fator relevante para a manutenção de uma vida digna, como já dito.

Sendo assim, diante do isolamento social, para fins de tratar a grave crise de saúde e, por conseguinte, enfrentar a pandemia da COVID-19, os efeitos colaterais foram duramente sentidos pelas empresas, que foram compelidas, sem qualquer aviso prévio, a suspender as suas atividades, deixando de gerar renda, impactando sobremaneira os seus resultados.

A crise econômica instaurada, de âmbito internacional, não pode ser vista de maneira fronteiriça, haja vista, inclusive, os novos aspectos constitucionais em torno dos direitos que se pretende resguardar a partir do próprio exercício da atividade empresarial. Em outras palavras, não sendo a legislação suficiente para o enfrentamento da crise, é dever do Estado criar normas que o façam.

Emergem, então, as medidas de caráter provisório, criadas com o intuito de fortalecer a finalidade precípua da Lei n. 11.101/2005, consubstanciada na preservação da empresa e, por conseguinte, na sua função social. Todavia, não se pode omitir que, em determinadas situações, com o texto legal que se encontra em deliberação pelo Poder Legislativo, os credores vivenciarão circunstâncias de instabilidade jurídica, as quais também merecem atenção.

Nesse contexto, o ordenamento jurídico pátrio enfrenta um desafio constitucional, na busca de tratar os efeitos da COVID-19 não só na saúde das pessoas, mas também, na saúde econômico-financeira das empresas, sem perder de vista os direitos dos credores e devedores, o que impõe a necessidade de uma análise casuística, com a possibilidade de ponderação de princípios.

REFERÊNCIAS

ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti; BAHIA, Cláudio Jose Amaral. **A Justiciabilidade do direito fundamental à saúde: Concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. Ano 99, volume 892, fevereiro, p. 57/58.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2008, p. 473.

BARRIOS, Anelise Barboza; MENEZES, Cristiane Penning Pauli de. **A emergência de uma cidadania cosmopolita diante do contexto globalizado: o ativismo na rede e as novas formas de pensar e fazer política.** Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-121/a-emergencia-de-uma-cidadania->

cosmopolita-diante-do-contexto-globalizado-o-ativismo-na-rede-e-as-novas-formas-de-pensar-e-fazer-politica/>. Acesso em: 20/05/2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 20/05/2020.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência**. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAVALLI, Cássio, e AYOUB, Luiz Roberto. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Forense, 2013.

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

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

CARDOSO, Alenilson da Silva, in **A Funcionalização Social do Direito Privado**. Revista Forense, volume 409, ano 106, maio- junho de 2010, p. 4/25.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresarial**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Volumes 2 e 3.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**. Revista dos Tribunais, 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. Vol. 3. Revista dos Tribunais, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **Estado, empresa e função social**. Revista dos Tribunais, nº 732, ano 85. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

DINIZ, Gustavo Saad. **Grupos societários: da formação à falência**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova lei de falência e recuperação de empresas**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FRANCO, Vera Helena Mello. **A função social da empresa**. Revista do Advogado, nº 96, ano XXIII. São Paulo, 2008.

FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GALEA, Felipe Evaristo dos Santos; LIMA, Igor Silva de. **Credor parceiro e o princípio da *par conditio creditorum***. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.). **10 anos da lei de recuperação de empresas e falências: Reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 139-158.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. (Tradução de Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 434.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Trad. Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM, 2010.

LIMA, Osmar Brina Correa, Coordenador. **Comentários à nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. Forense, 2009.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **O tempo das reconfigurações do constitucionalismo: os desafios para uma cultura cosmopolita**. São Paulo: LTr, 2001.

OMS. Covid-19: **OMS divulga guia com cuidados para saúde mental durante pandemia**. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2020/03/1707792>>. Acesso em: 20/05/2020.

OSMO, Carla, in **Efetividade da função social da empresa, função do direito privado**, Coord. Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 273.

Parecer 534, de 2004. Sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 71, de 2003 (nº 4.376/93, na Casa de origem), de iniciativa do Presidente da República, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência de devedores pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. TEBET, Ramez apud MILANI, Mario Sergio. **Lei de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência comentada**. São Paulo: Malheiros, 2011.

PONTES, Evandro Fernandes de. **Os credores, a empresa em crise e os efeitos da livre composição na lei 11.101/2005**. Revista de Direito Empresarial, vol. 11/2015, p. 303–353, Set-Out/2015.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de empresas: de acordo com a Lei n. 11.101, de 09-02-2005**. Barueri, SP: Manole, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais em tempos de pandemia – I**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-23/direitos-fundamentais-direitos-fundamentais-tempos-pandemia>>. Acesso em: 20/05/2020.

SALOMÃO, Luís Felipe e SANTOS, Paulo de Moraes Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência**: Teoria e prática. Gen Forense, 2015.

SADDI, Jairo. **Considerações sobre o comitê e a assembleia de credores na nova Lei Falimentar**. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SCALZILLI, João Pedro; TELECHEA, Rodrigo; SPINELLI, Luis Felipe. **Objetivos e princípios da lei de falências e recuperação de empresas**. Revista Síntese Direito Empresarial, São Paulo, ano 5, n. 26, maio/jun. 2012.

SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe e TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005**. Almedina, 2016.

SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coordenadores). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. **Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial**. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; JÚNIOR, Walfrido Jorge Warde; TAVARES GUERREIRO, Carolina Dias (Coord.). **Direito Empresarial e Outros Estudos de Direito Em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: QuartierLatin, 2013.

SOUZA, Luciana Cristina de. **A (des) proteção normativa da cidadania**. Disponível em: <https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/des-normativa-cidadania-418282394>. Acesso em: 20/05/2020.

SZTAJN, Rachel. **Seção III: Do plano de recuperação judicial**. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio de A. de Moraes (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

SZTAJN, Rachel; FRANCO, Vera Helena de Mello. **Falência e recuperação da empresa em crise**. São Paulo: Campus, 2008.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Sales de, ABRÃO, Carlos Henrique, Coordenadores. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. Saraiva, 2014.

VENTURA, Deisy. **Pandemias e estado de exceção**. In: Marcelo Catoni e Felipe Machado. (Org.). **CONSTITUIÇÃO E PROCESSO: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror**. Belo Horizonte, MG: Del Rey/IHJ, 2009, p. 159-181.