

GOVERNANÇA CORPORATIVA APLICADA NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

Wilton Boigues Corbalan TEBAR¹

Edson Freitas de OLIVEIRA²

RESUMO: os códigos de governança corporativa já se encontram difundidos pelo mundo, porém o que se tentará demonstrar no presente artigo é a aplicação de tal instituto no ordenamento jurídico pátrio, especificamente em relação à nova Lei de Recuperação Judicial. Serão abordados apenas os aspectos considerados mais importantes e que guardem de alguma forma relação com o instituto supra mencionado.

Palavras-chave: Governança Corporativa. Recuperação Judicial. Função Social da Posse.

INTRODUÇÃO

O tema governança corporativa veio com a finalidade de dar maior credibilidade para o sistema empresarial como um todo. Inicialmente pudemos ver uma atuação isolada, chamada de o Pioneirismo de *Robert Monks* que lutava pela igualdade dos sócios ou acionistas (majoritários e minoritários) de uma empresa.

Posteriormente, pudemos observar o Relatório *Cadbury* feito na Inglaterra que abarcava regras expressas e mais rígidas em relação ao controle da empresa sob o ponto de vista de sua atuação não somente perante os seus integrantes, como perante a sociedade.

Tais práticas se difundiram pelo mundo em manifestações tímidas nos países desenvolvidos. Entretanto, os Estados Unidos quebrando este paradigma lançou a Lei *Sarbanes-Oxley*. Neste momento, as boas práticas atingiram seu ápice no mundo e instigou-se sua difusão no planeta (também nos países em desenvolvimento).

¹ Graduando em Direito/Administração pela Associação Educacional Toledo de Presidente Prudente.

² Graduado em Direito, Mestre em Direito. Titular da cadeira de Direito Econômico e Empresarial da Associação Educacional Toledo de Presidente Prudente. Coordenador dos cursos de Pós-graduação pela Associação Educacional Toledo de Presidente Prudente.

Como tais países possuem relações de interação sócio-econômica as práticas de boa governança se tornaram obrigatórias. Em última análise, as práticas adotadas por todos os países eram pautadas em 4 valores bem definidos que serão desenvolvidos doravante.

DESENVOLVIMENTO

1 VALORES DAS PRÁTICAS DE BOA GOVERNANÇA

Estes valores são os pilares de toda a teoria da governança corporativa, são os legitimadores de todas as proposições até hoje construídas, ou seja, são proposições basilares, consistentes no sustentáculo de todo o emaranhado acerca das práticas de boa governança.

Tais valores são: *fairness; disclosure; accountability; compliance.*

1.1 *Fairness*

Originalmente foi proposto como a equidade no tratamento dos acionistas, ou seja, respeito aos direitos dos minoritários. Porém, pelo que será discorrido em momento oportuno, podemos destacar que este valor se estende a todos os demais participantes da atividade empresarial e as demais finalidades que ela possui: resultados das práticas de mercado, distribuição dos lucros e participação efetiva nas assembléias.

Note-se, no entanto, que tal valor já se encontra explorado no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja: a boa-fé objetiva norteadora de toda e qualquer relação jurídica. Entenda-se por boa-fé objetiva um padrão de comportamento baseado em valores de probidade e lealdade que se faz presente em toda e qualquer relação jurídica.

Observa-se da definição trazida por Flávio Alves Martins (2000, p.73):

“A boa-fé, no sentido objetivo, é um dever das partes, dentro de uma relação jurídica, se comportar tomando por fundamento a confiança que deve existir, de maneira correta e leal; mais especificamente, caracteriza-se como retidão e honradez, dos sujeitos de direito que participam de uma relação jurídica, pressupondo o fiel cumprimento do estabelecido”.

Podemos destacar ainda no Código Civil o art. 997, VII, 1007, e 1008 que zela sobre a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas decorrentes das atividades empresariais e a nulidade da exclusão de algum sócio referente a tais lucros.

1.2 Disclosure

Transparência das informações, especialmente a que se referem a potenciais riscos e a questões de alta relevância.

A contabilidade exige um livro razão e um livro diário de todas as atividades que envolvam o capital da empresa. Portanto, no caso de não fazimento de tais documentos as empresas incorrem em responsabilidade perante o Estado.

Na Lei 11.101/05 (Lei de Falências) a empresa que não possui um estado de probidade confirmado, ou seja, está naquela situação por culpa exclusiva de má administração correspondente a fraude de resultados, não tem direito ao pedido de recuperação judicial.

1.3 Accountability

Prestação responsável de contas, fundamentada nas melhores práticas contábeis e de auditoria.

Toda e qualquer movimentação envolvendo o patrimônio da empresa deve ser reduzido a termo e ser dotado de publicidade, para todos aqueles que de

alguma forma, possuam um vínculo com a empresa, saibam o quais decisões tomadas pelos gestores.

1.4 Compliance

Conformidade no cumprimento de normas reguladoras expressas nos estatutos sociais, nos regimes internos e nas instituições legais do País.

A estrita observância destas normas já se encontra intrinsecamente estipuladas nas diversas Leis do ordenamento jurídico brasileiro, conforme exposto acima.

2 ABORDAGEM DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS SOB A LUZ DOS VALORES DA GOVERNANÇA CORPORATIVA

Com o advento da Lei nº. 11.101/05, observamos um novo instituto criado com o escopo de socorrer as empresas em crise, evitando que estas sofram o processo de falência. Tal instituto é a Recuperação Judicial (art. 1º) que veio em substituição da antiga Concordata.

O que nos propomos a fazer doravante é mostrar que mesmo nos casos em que referida lei não explicitou os valores da governança corporativa a serem adotados pela empresa recuperanda, pelo menos, o fez implicitamente.

É custoso acreditar que no mundo competitivo e altamente informativo em que vivemos uma regulação expressa se faz necessário, em termos de melhores práticas. Pensar assim indicaria que atingimos o ápice do descomprometimento, da insensatez, da malandragem.

Por essa razão em termos de boas práticas encontro analogia ao Imperativo Categórico Moral de Kant, pautado exclusivamente na moralidade de cada indivíduo da sociedade (empresária), podemos vislumbrar que tais práticas

resultam em uma aplicação cuidadosa dos valores da governança corporativa, no sentido de atingirem seus próprios objetivos.

Em outras palavras, podemos observar que uma empresa com uma moralidade que se preze, mesmo que implicitamente, adota tais valores no sentido de atingir sua função social perante a sociedade e indiretamente atingir seus próprios objetivos.

Em razão do exposto passamos a analisar a presença dos valores da governança corporativa dentro do processo de recuperação judicial, ou seja, pretendemos provar que ainda que implicitamente, o Legislador pátrio criou tal instituto visando seu uso pela empresa que adota tais práticas.

2.1 Governança Corporativa e a Viabilidade da Empresa

A empresa como reunião de pessoas é considerada um ente social, ou seja, o seu funcionamento ou atuação depende da interação das pessoas que trabalham nos mais diversos setores e hierarquias deste ente. Não só isso, a empresa como ente social, em última análise deve corresponder a expectativa de seus trabalhadores para que todos de forma harmoniosa possam trabalhar em prol dos mesmos objetivos.

Nem toda empresa atende a esta responsabilidade social, tanto com os trabalhadores, tanto com a sociedade (função social da posse). Neste contexto alguns critérios surgiram a fim selecionar rigorosamente qual empresa merece ou não ser recuperada, ou seja, qual empresa tem grande possibilidade de se recuperar.

Nas palavras de Nilson Lautenschleger Junior (2005/2008, p.83):

“Não se trata apenas do respeito das regras legais de cada país (merely profit-maximizing compliance with law), mas sim de regras que demonstrem o convencimento corporativo de uma empresa sobre um determinado assunto (...). O debate sobre a responsabilidade social encontra suporte não só filosófico na sociedade civil, pois é evidente que todos os atores sociais desejam que uma companhia, além de lucro, possa contribuir com ações sociais relevantes”.

Assim o é, vez que o processo de recuperação judicial é custoso, trabalhoso e complexo. Explico: para que uma empresa se valha de um processo de recuperação judicial para se recuperar da crise, muitas vezes, se não a totalidade delas é necessário uma reestruturação da atividade econômico-financeira, e até mesmo patrimonial.

Note-se, portanto, que o ambiente empresarial muda drasticamente, vez que para suportar o processo recuperação judicial necessário se faz a obtenção de investimentos, onde tais investidores assumirão um risco em proporções altamente preocupantes. Assim o é, vez que a empresa em crise não tem condições de suportar a recuperação judicial sem um “fôlego”, consistente na injeção de mais capital na finalidade de impulsionar a empresa em direção a salvação.

Ainda é necessário que os credores também estejam comprometidos com a recuperação da empresa, o que inevitavelmente acarretará em perda de parcela de seus capitais ou da sua totalidade em decorrência do fracasso da recuperação ou mesmo no sucesso desta, como por exemplo um crédito que se torna capital o credor só vai receber o que tem direito depois que a empresa se estabilizar novamente.

Como ensina Luiz Leonardo Cantidiano (2005, p.11,12):

“Pois bem, o exercício legítimo do poder de controle de uma sociedade, é um dos aspectos principais da governança corporativa. O uso malévolo desse poder é medida que viola frontalmente o espírito da governança corporativa, o qual, em síntese, é o conjunto de práticas que tem por finalidade otimizar o desempenho de uma companhia ao proteger todas as partes interessadas, tais como empregados, investidores e credores”.

Portanto, o que podemos salientar é que o processo de recuperação judicial depende de um comprometimento de todas as pessoas que se relacionam com a empresa recuperanda.

São os critérios: importância social na mesma linha de Fábio Ulhoa Coelho: mão de obra e tecnologia empregada; volume do ativo e passivo; idade da empresa.

a) Importância social: está intimamente ligada a função social da posse, ou seja, o pedido de recuperação judicial de uma empresa para ser concedido deve passar pelo crivo da necessidade da sociedade a qual participa, que ela venha a se recuperar, ou seja, a empresa além de

possuir potencial econômico para se reerguer, isto é, demonstrar “numericamente” que tem capacidade de superar a crise, deve possuir relevante importância local, regional ou nacional.

b) Mão de obra e tecnologia empregadas: o mundo de hoje está contaminado pela tecnologia, e portanto, as pessoas são substituídas pelas máquinas e como o processo de recuperação judicial depende da interação das mais diversas pessoas envolvidas com a empresa, a força operária ganha grande força neste contexto. Se as adequações tecnológicas não estiverem de acordo com seus interesses a empresa não conseguirá atingir seus objetivos de re-organização.

c) Volume do ativo e passivo: do ponto de vista contábil, o passivo deve ser exatamente a imagem do ativo, porém por razões diversas, este passivo pode se vestir de caráter anômalo e contrariar a lógica sendo maior que o ativo. Se nestas demonstrações ficar evidenciado a incapacidade da empresa de superar a crise, não há que se falar em recuperação judicial.

d) Idade da empresa: também é um elemento que deve ser visto sob o aspecto da utilidade local, regional ou nacional da empresa. Alguns poderiam pensar que tal critério fere a igualdade de tratamento, porém, posicionamento equivocado este, vez que se uma empresa nova, demonstrar sua utilidade para a economia local, regional ou nacional, evidenciando sua função social, claro está, que tem o direito a recuperação judicial.

e) Porte econômico: tal critério leva em consideração o “tamanho” da empresa. Note-se que uma empresa de pequeno porte pode ao invés de perceber uma recuperação judicial, liquidar-se e começar novamente, sem grandes prejuízos. Porém, tal raciocínio não pode ser feito em relação às empresas de grande porte, em razão da complexidade de sua estrutura e atividade empresarial.

Note-se que tais critérios se pautam eminentemente no valor *Fairness* da Governança Corporativa, mostrando uma interação justa entre as relações da empresa com os demais que com ela se relacionam. Sendo assim, em razão do exposto, provamos que um dos valores da Governança Corporativa foi trazido para a lei de recuperação de empresas.

2.2 Governança Corporativa e os Órgãos da Recuperação Judicial

2.1.1 Assembléia de credores

Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho (2008, p.393):

“a Assembléia de Credores é o órgão colegiado e deliberativo responsável pela manifestação do interesse ou vontade predominantes entre os que titularizam crédito perante a sociedade empresária requerente da recuperação judicial sujeitos aos efeitos desta”.

Ainda, de acordo com o art. 35, I, a a f da Lei de Recuperação Judicial, podemos elencar a competência da Assembléia de Credores: a) aprovar, rejeitar e revisar o plano de recuperação judicial; b) aprovar a instalação do Comitê e eleger seus membros; c) manifestar-se sobre o pedido de desistência da recuperação judicial; d) eleger o gestor judicial; e) deliberar sobre qualquer outra matéria de interesse dos credores.

Assim a participação deste órgão no processo de recuperação judicial é de suma importância, vez que o Legislador pátrio atribuiu a ele as questões de maior relevância do processo. Este colegiado, em última análise é o coração do processo.

Analisando as competências deste órgão podemos observar que o Legislador as norteou com alguns valores da governança corporativa. Explico: todas as competências da Assembléia de Credores fazem com que este órgão aja como um agente fiscalizador e para tal a Lei de Recuperação Judicial concedeu poderes baseados nos valores *Disclosure, Compliance e Accountability*. Assim o é, vez que o plano de recuperação judicial feito pelo devedor empresário deve ser transparente, em conformidade com os parâmetros legais estipulados e ainda deve apresentar uma prestação responsável de contas na finalidade do que ali está demonstrado seja capaz de atingir seu objetivo, qual seja, de superar a crise da empresa.

Neste contexto, observando o que dispõe a Teoria dos Poderes Implícitos, a Assembléia de Credores teria poderes o suficiente para exigir da empresa devedora à observância destes valores corporativos, sob pena de rejeição do plano de recuperação judicial e convalidação da recuperação judicial em falência.

Mesmo aprovado o plano de recuperação judicial e este em execução, a empresa deve prestar informações periódicas ao juízo falimentar para informar como está indo o cumprimento de tal plano. Note-se ainda, que tais valores se estendem, a posteriori, do “fim do processo”, e que, se algum destes valores estiver sendo desrespeitado o juízo pode, também, convolar a recuperação judicial em falência.

2.1.2 Comitê de credores

Consistente em um órgão facultativo da recuperação judicial. Sua principal competência é fiscal.

Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho (2008, p.401):

“Quer dizer, cabe aos membros desse órgão fiscalizar tanto o administrador judicial como a sociedade empresária em recuperação judicial, antes e depois de concedida esta. Para tanto, os membros do Comitê têm livre acesso às dependências, escrituração e documentos da sociedade empresária requerente da recuperação judicial”.

Aqui se aplica a mesma regra dos poderes implícitos da Assembléia de Credores, porém, podemos observar que os valores *Disclosure e Accountability* encontram seu viés máximo, vez que qualquer irregularidade apresentada pelas partes envolvidas no processo de recuperação judicial deve ser analisada e sanada pelo Comitê de Credores.

2.1.3 Administrador judicial

Consiste em um auxiliar do juiz, fica sob sua supervisão e é uma pessoa de sua confiança. Deve ser pessoa idônea, preferencialmente deve ser uma pessoa com graduação e experiência na área empresarial: advogado, economista, contador, administrador de empresas ou pessoa jurídica especializada.

Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho (2008, p.405):

“o administrador tem a função de fiscalizar a sociedade requerente, presidir a Assembléia de Credores e proceder à verificação dos créditos. Se não houver comitê, ele também exerce as funções deste órgão. Finalmente, se o juiz tiver determinado o afastamento da administração da empresa em recuperação, caberá ao administrador judicial geri-la enquanto não for escolhido o gestor judicial pelos credores”.

Isto posto, podemos concluir que o administrador judicial tem suas funções pautadas, principalmente, no valor *Compliance* de Governança Corporativa, vez que todas as suas atribuições devem ser realizadas de acordo com o que dita a Lei de Recuperação de Empresas.

Podemos concluir, então, em última análise, que a Lei de Recuperação de Empresas no que concerne à utilização dos valores de boas práticas, abarcou a sua totalidade, ainda que implicitamente.

2.2 Governança Corporativa e o Plano de Recuperação Judicial

O plano de recuperação judicial é sem dúvida a peça mais importante do processo de recuperação judicial, vez que através deste a empresa poderá superar a crise, e, também, os credores poderão ter suas dívidas pagas.

Assim, nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho: depende exclusivamente dele a realização ou não dos objetivos associados ao instituto, quais sejam, a preservação da atividade econômica e o cumprimento de sua função social (2008, p.419).

Cumpra ainda ressaltar que da mesma maneira que a empresa entrou em crise por motivos outros que não fraude e irregularidades na sua forma de administração, pode não conseguir superar a crise mesmo com um bom plano de recuperação judicial elaborado por especialistas.

Leandro Pessoli Mello, especialista em Direito Internacional Privado pela Universidade de *Parla II* (GAZETA MERCANTIL. Disponível em <http://www.gazetamercantil.com.br/reader/docs/gazetamercantil_23577/9255_pr.swf>), entende que o pedido de recuperação judicial deveria ser estendido aos credores, ou seja, não somente o devedor poderia ter a oportunidade de requerer a recuperação judicial de uma empresa. Com todo o respeito, entendemos que tal entendimento se mostra equivocado, pois nesta fase o valor *Fairness* encontra sua aplicação máxima.

O que estamos tentando demonstrar é que uma empresa socialmente comprometida e politicamente correta pede a recuperação judicial para não entrar em falência e também, requer tal pedido com a finalidade de com o tempo conseguir honrar suas obrigações, ou seja, seu comprometimento também é com os credores. Estender tal legitimidade é abrir margens para abusos de direitos, onde um credor que se sentir desgostoso com o atraso do pagamento de suas obrigações pode requerer a recuperação judicial, com o escopo de conseguir a obtenção de sua obrigação através do plano de recuperação judicial.

Diz ainda que assim como o pedido de recuperação judicial o plano de recuperação judicial devia ser feito pelo credor e pelo devedor paralelamente, e também que para a realização do plano a lei deveria ter exigido a contratação de profissionais especializados. Com todo o respeito nos parece mais uma colocação equivocada, vez que a lei traz a possibilidade de habilitação dos credores que não estiverem na relação apresentada pelo devedor e ainda permite que tais credores analisem o plano de recuperação judicial, o modifiquem e se for o caso o rejeitem ocasionando a convocação da falência.

Ainda observamos que o interesse em se recuperar é totalmente do devedor, para tanto, seria lógico que tais empresas contratassem um profissional experiente para elaborar um plano de recuperação judicial com acompanhamento periódico. Note-se que o próprio administrador judicial deve ser uma pessoa idônea e experiente com conhecimento técnico acerca da matéria.

2.2.1 Os conflitos de agência na recuperação judicial

Se admitíssemos que o credor possuísse mais competências do que a lei já lhe atribui estaríamos diante de um conflito de agência dentro da recuperação judicial. Entenda-se de forma resumida que conflito de agência é quando duas partes instauram um conflito acerca de interesses divergentes quando o correto era serem em comum.

Portanto, note-se que o avanço trazido pelo Legislador se tornaria em um retrocesso se tal mudança ocorresse. Por mais que o valor *Fairness* se mostre operante, é da natureza humana não se contentar com medidas contrárias aos seus interesses.

Em razão do exposto, acertada se mostrou à decisão do Legislador em manter a elaboração do plano judicial, primeiramente pelo devedor, sem interferências do credor. Não estamos defendendo a não participação do credor, esta deve existir, mas de maneira regrada. O credor **deve** analisar o plano e somente aceitá-lo se estiver de acordo com ele. Porém note-se que a existência de planos paralelos, fatalmente ocorreria um antagonismo absoluto, cada plano voltado para o interesse de suas classes.

Isto posto, o plano deve atender os interesses dos credores, entretanto é a empresa devedora quem ele destina salvar.

No mesmo sentido, José Fajardo (<http://www.valoronline.com.br>):

“Basicamente, o conflito de interesses ocorre porque o valor a receber pelos credores é fixo. Isto é, se a empresa se recupera, volta a ser lucrativa e os controladores lucram, enquanto os credores recebem o montante já estabelecido, e quando a empresa quebra, os credores perdem. Por isso eles preferem, na maioria das vezes, a liquidação”.

2.3 Governança Corporativa e a Convolação da Falência

A única hipótese que iremos abordar concerne em relação ao descumprimento do plano de recuperação. Somente será abordado está hipótese de

convolação da falência, pois é a que mostra alguma ligação com algum dos valores da governança corporativa.

Note-se que depois de toda a exaustão sofrida pelos participantes de um processo de recuperação judicial desde seu nascimento e da confiabilidade depositada na empresa recuperanda, quando esta não atinge os objetivos a que se propôs, flagrantemente este violando o valor Fairness de boas práticas.

Provado está que o Legislador pátrio, ainda que implicitamente adotou este valor como forma de convolação da falência.

3. ADOÇÃO DOS VALORES DA GOVERNANÇA CORPORATIVA COMO CONDITIO SINE QUA NON PARA A OBTENÇÃO DE INVESTIMENTOS E CONFIABILIDADE DOS CREDORES PARA A OBTENÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL PELA EMPRESA DE CAPITAL ABERTO

A discussão que se mostra relevante neste momento é provar que, pelo menos teoricamente, uma empresa recuperanda que adota os valores da governança corporativa (empresa “especial”) tem mais sucesso de reabilitação a uma que não os adota (empresa “normal”).

Tentaremos demonstrar que uma empresa listada em bolsa de capital aberto tem seu sucesso intimamente ligado através do uso destes valores, se não por isso passamos a expor.

3.1 Empresas Que Adotam as Práticas de Boa Governança

No cenário empresarial atual o mundo em que vivemos apresenta alta competitividade, concorrência feroz e políticas estratégicas de desenvolvimento

agressivas. Porém o cenário também é de muita incerteza, insegurança, a empresa para não ser surpreendida deve estar apta a tomada de decisões rápidas, viáveis.

Posto isto, uma empresa séria, comprometida com sua função social como ente social, levaria em tese vantagens absurdamente superiores àquelas que não o fazem. A diferença entre uma empresa e outra estaria pautada justamente no seguimento ou não dos valores de boas práticas.

Ora, uma empresa listada em bolsa está sob os “holofotes” do mundo, e para que esta empresa venha a obter sucesso em relação a investimentos de maneira geral (internos ou externos), deve possuir um diferencial em relação às outras empresas.

Sendo assim, os investidores procuram uma empresa confiável onde possam investir seu capital onde em contraponto o risco desta aplicação seja o menor possível. Pensando como um investidor o que seria melhor, investir seu capital em uma empresa que adota os valores da governança corporativa (transparência da administração, justiça entre os participantes da empresa, prestação responsável de contas) ou as que não adotam?

Seria um contra-senso pensar que a empresa “normal” que não adota os valores de boas práticas seria a melhor possibilidade de investimento. O investidor estaria aplicando seu capital no “escuro” sem possibilidade de se quer participar da manutenção deste investimento. Teria apenas a possibilidade que a lei lhe assegure como seu direito a depender da forma de aplicação.

Nas palavras de Jesus Lameira citado por Sérgio José Dulac Muller (2003, p.125):

*“somente serão carreados recursos para economias onde as experiências dos investidores estrangeiros tenham sido exitosas em termos de manutenção do seu estado de direito (...) Vale dizer, a Governança Corporativa supraconceituada tem objetivos, como o de gerar o **sentimento de confiança**”. (grifo nosso)*

Se partirmos da idéia já apresentada, a adoção dos valores de boas práticas pelas empresas são um atrativo ao investimento e à confiabilidade dos investidores que terão oportunidade de acompanhar sua aplicação e os riscos deste investimento são ainda mais minimizados.

Portanto, podemos concluir que uma empresa que já adotada os valores da governança corporativa ao tempo que, por condições de mercado, teve de se sujeitar a um processo de recuperação judicial, terá mais sucesso, pelo menos teoricamente em conseguir investimento e a confiabilidade de novos investidores na finalidade de superar a crise. Explico: se tal empresa já possuía investidores de “peso” e estes confiavam plenamente na empresa, verão que a condição em que ela se encontra é fruto do mercado e não de suas ações fraudulentas ou irregulares vez que adota os valores de boas práticas. Se assim o é, tanto os novos investidores como os antigos investidores podem fazer novos investimentos analisando ser viável salvar aquela empresa em crise.

Os novos investidores, pelo menos teoricamente, assumiriam um risco de aplicação em uma empresa recuperanda pautado na confiança que tem pelo trabalho realizado por aquela empresa. Esta confiança só se tornaria possível através da Governança Corporativa.

Child e Rodrigues (2004, p. 143): “a governança corporativa preocupa-se em assegurar que os executivos gerenciem as firmas honesta e efetivamente de forma a garantir um retorno justo e aceitável àqueles que investiram recursos na firma”.

3.2 Empresas que não adotam as Práticas de Boa Governança

Pensando no outro lado da moeda, teoricamente, as empresas que não adotam os valores da governança corporativa não teriam a confiança de seus investidores e nem teriam um diferencial a ponto de destacar tais empresas a conseguir investimentos.

Isto porque no caso destas empresas, em tese, o risco assumido pelas aplicações são muito maiores do que as empresas “especiais”. Portanto, ao invés de escolher um empresa “normal” o investidor sempre escolherá uma “especial”.

Analisando quando do processo de recuperação judicial já em curso, a empresa “normal”, uma vez sem crise, não foi capaz de atrair investidores e por conseqüência, também a sua confiabilidade. A pergunta é: como uma empresa que

mesmo antes do curso do processo de recuperação judicial já não atraía investidores, o fará agora para superar a crise?

A resposta tende a constatar que tais investimentos são impossíveis. A única hipótese que entendemos aplicável é o peso da viabilidade da empresa, que faça com que os investidores mesmo contrariando a lógica realizem aplicações nesta empresa com a finalidade de superar a crise em que se encontra.

Por exemplo, a Petrobrás S/A é uma empresa estatal, porém ela não adota as práticas de boas governança, ela se mantém somente como Sociedade Anônima. No caso de tal empresa entrar em crise, além de uma ajuda do Poder Público, pode conseguir investimentos de outros lugares em razão de sua relevância para o país e o tipo de atividade que exerce.

Porém esta empresa é uma exceção à regra. Continuamos a entender que a capacidade de atrair investimentos de uma empresa está intimamente ligada à adoção ou não das práticas de boa governança.

Outra hipótese que poderíamos pensar é: e se uma empresa que está em pleno curso do processo de recuperação judicial poderia adotar os valores da governança corporativa com a finalidade de atrair novos investimentos e superar a crise?

A resposta é não. Explico: para se adotar os valores de boas práticas é custoso, deve haver uma remodelação na estrutura da empresa, deve se abrir oportunidade para todos os participantes que com ela se relacionam (mudança de contrato social ou estatuto, mudança de planos estratégicos, etc.). Seria absolutamente inviável uma empresa adotar tais valores no curso do processo de recuperação judicial.

Não obstante o custo de se adotar tais práticas, devemos lembrar que o processo de recuperação judicial também é custoso e complexo. Há custas processuais que são de inteira responsabilidade da empresa recuperanda (honorários do administrador judicial, dos profissionais contratados para assessorá-lo, peritos, custas e outras despesas). Portanto, somado estas obrigações seria, teoricamente, impossível à empresa obter sua recuperação. Se tal hipótese fosse colocada em prática, nos inclinamos a dizer que a empresa ao invés de se recuperar, decretaria desde logo a sua falência.

CONCLUSÃO

4.DA CONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO

O presente tópico não se preocupará em exaurir o tema, vez que pela sua complexidade, para tal pretensão seria necessário um momento apartado. O que será feito é fornecer os elementos básicos necessários para a compreensão do tema corroborando o que já foi explanado até o momento.

Como já discorrido anteriormente a empresa é um ente social e como tal deve observar uma função social perante a sociedade. Nos propomos doravante, portanto, a delimitar o que seja a função social da propriedade, fazendo um paralelo vincular entre este instituto e os valores da governança corporativa.

Pois bem, a função social da propriedade é um tema relativamente novo no ordenamento jurídico pátrio, vez que efetivamente foi mencionado na Constituição Federal de 1988. Prescreve o art. 5º, caput e XII e XIII:

Note-se, portanto, que o direito a propriedade se tornou um direito fundamental, uma clausula pétrea, devendo em tese direta ou indiretamente ser acessível a todos.

Nas palavras de Francisco Eduardo Loureiro:

“consiste em uma relação jurídica complexa, que tem por conteúdo as faculdades de uso, gozo e disposição da coisa por parte do proprietário, subordinadas à função social e com correlatos deveres, ônus e obrigações em relação a terceiros”.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald defendem a seguinte posição (2006, p.132):

“O direito subjetivo de propriedade concerne à relação jurídica complexa que forma entre aquele que detém a titularidade formal do bem (proprietário) e a coletividade de pessoas. Nos bens imóveis, nasce a propriedade através do ato do registro, que a tornará pública e exigível perante a sociedade. O objeto da relação jurídica ora decantada é o dever geral de abstenção, que consiste na necessidade dos não proprietários respeitarem o exercício da situação de ingerência econômica sobre a coisa. Se a propriedade é observada pela lógica da relação jurídica nela edificada, a seu turno o domínio repousa na relação material de submissão direta e imediata da coisa ao poder do seu titular, mediante o senhorio,

pelo exercício das faculdade de uso, gozo e disposição. O proprietário exercita ingerência sobre coisas (domínio) e pede a colaboração de pessoas (propriedade). Somente na propriedade plena é possível observar que o direito de propriedade e todos os poderes do domínio se concentram em uma só pessoa”.

Isto posto, podemos concluir que o direito à uso da propriedade não é direito somente do proprietário, mas também da coletividade que pode exigir que este utilize o bem visando ao interesse social (criação de empregos, respeito ao meio ambiente, não destruição de uma área cultural).

Como ensina Luiz Leonardo Cantidiano (2005, p.16):

“o princípio da função social da propriedade privada é um princípio de funcionamento da ordem econômica. Isto é, reflete o modo como os agentes econômicos, entre eles os de direito privado, devem se comportar para que a convivência em sociedade seja pacífica e legítima”.

Sendo assim, defendemos que a função social da posse está intimamente ligada com os valores da governança corporativa, em razão da empresa se mostrar como um ente social. Assim entendemos porque se uma empresa é socialmente comprometida e ambientalmente correta todos os direitos fundamentais estão sendo observados, pautado é claro nos valores de boa prática da atividade social desta empresa.

BIBLIOGRAFIA BÁSICA

ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. **Governança Corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ASTRAUSKAS, Fábio Bartolozzi. Disponível em <www.administradores.com.br/noticias/o_planejamento_estrategico_e_o_plano_de_recuperacao_judicial/15129/> . Acesso em 09/06/2009.

CANTIDIANO, Luiz Leonardo. **Governança corporativa – empresas transparentes na sociedade de capitais**. São Paulo: Lazuli, 2005.

CHILD, J.: RODRIGUES, Suzana B. **Repairing the breach of trust in corporate governance.** Corporate Governance: An International Review, v.12, p.143-151, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 3: direito de empresa.** 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

DELOITTE. Disponível em <http://www.deloitte.com/dtt/cda/doc/content/Release%20Imprensa%20Pesquisa%20Nova%20Lei%20de%20Fal%EAncias.pdf>. Acesso em 10/06/2009.

FAJARDO, José. Disponível em <http://www.valoronline.com.br/print.htm>. Acesso em 09/06/2009

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais.** 2ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006.

GAZETA MERCANTIL. Disponível em http://www.gazetamercantil.com.br/reader/docs/gazetamercantil_23577/9255_pr.swf. Acesso em 10/06/2009

JÚNIOR, Nilson Lautenschleger. **Os desafios propostos pela governança corporativa ao direito empresarial brasileiro - ensaio a uma reflexão crítica e comparada.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008-2005.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira e COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 21ª edição. São Paulo: Atlas S/A, 2007

MULLER, Sérgio José Dulac. **Direitos essenciais dos acionistas – interpretação sistemática da proteção aos minoritários.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

RIBEIRO, Milton Nassau. **Aspectos jurídicos da governança corporativa.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.