

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LEONARDO PINTO ANDRADE DE ABREU

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL NA LEI BRASILEIRA E NA LEI AMERICANA

CURITIBA

2014

LEONARDO PINTO ANDRADE DE ABREU

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL NA LEI BRASILEIRA E NA LEI AMERICANA

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Carlos Joaquim de Oliveira Franco

CURITIBA

2014

TERMO DE APROVAÇÃO

LEONARDO PINTO ANDRADE DE ABREU

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL NA LEI BRASILEIRA E NA LEI FEDERAL
AMERICANA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Carlos Joaquim de Oliveira Franco
Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Membros:

Prof. Edson Isfer
Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Prof. Carlos Eduardo Hapner
Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Curitiba, outubro de 2014.

RESUMO

A atual Lei de Falências e Recuperação de Empresas – Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, alterou profundamente a legislação falimentar brasileira influenciada pelo modelo americano do instituto de recuperação de empresas.

Baseado na Lei nº 11.101/2005 que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, e no Capítulo 11 da lei de falências dos Estados Unidos será traçado neste trabalho um panorama da Lei Americana e da Lei Brasileira de recuperação de empresas, com uma breve comparação entre as duas legislações.

A seguir, serão estudadas as peculiaridades da lei brasileira e da lei americana, no que se refere à recuperação de empresas, apontando-se algumas das diferenças, semelhanças e contrastes entre as leis dos dois países.

PALAVRAS-CHAVE:

Falência. Recuperação judicial. Lei nº 11.101/2005. Lei Americana de recuperação de empresa.

ABSTRACT

The current Bankruptcy Act– Act 11.101, of February 9, 2005, has deeply changed the Brazilian bankruptcy legislation influenced by the American reorganization law (Chapter 11 - Title 11 of the US Code).

Based on Law 11.101/2005, which regulates both the reorganization and bankruptcy, as well as on the Chapter 11 of the Bankruptcy Act, regulating the reorganization under the American Law, we shall provide herein an overview and comparison of bankruptcy reorganization in these two countries.

The peculiarities of both the American and Brazilian Bankruptcy Acts shall be analyzed pointing out the differences, similarities and contrasts between the laws of these two countries concerning reorganization.

KEY WORDS:

Bankruptcy. Reorganization. Law No. 11.101/2005. Chapter 11.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. O PANORAMA HISTÓRICO DO DIREITO EMPRESARIAL BRASILEIRO E O SURGIMENTO DA LEI Nº 11.101/2005.....	10
3. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	20
3.1 PRINCÍPIOS GERAIS.....	20
3.1.1 Princípio da Preservação da Empresa.....	21
3.1.2 Princípio da Função Social.....	23
3.2 MEIOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA.....	24
3.3 ÓRGÃOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA.....	26
3.4 FASES DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA.....	27
3.4.1 Fase Postulatória.....	28
3.4.2 Fase Deliberativa.....	29
3.4.3 Fase Executória.....	32
3.4.3.1 Convolação da Recuperação Judicial em Falência.....	33
3.5 RECUPERAÇÃO ESPECIAL.....	33
3.6 RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL.....	34
4. A LEI DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS.....	36
4.1 EVOLUÇÃO DA LEI FALIMENTAR AMERICANA.....	36
4.2 O CAPÍTULO 11 DA LEI FALIMENTAR AMERICANA.....	39
4.2.1 Os Legitimados para Fazer o Pedido.....	42
4.2.2 O Debtor in Possession.....	42
4.2.3 O U.S. Trustee.....	44
4.2.4 O Comitê de Credores.....	44
4.2.5 A Proteção dos Pequenos Negócios.....	45
4.2.6 O Plano de Recuperação.....	46
4.2.7 Fresh Start.....	47
4.2.8 Cram Down.....	48
4.2.9 Automatic Stay – A Suspensão das Ações Individuais.....	50
4.2.10 Obrigações Não Suspensas Pelo Pedido de Recuperação.....	51

4.2.11 A Reversibilidade das Transferências.....	52
4.2.12 Os Bens Não Atingidos pela Falência.....	53
4.2.13 O Papel do Trustee.....	55
4.2.14 O Papel do Examiner.....	55
4.3 O CAPÍTULO 9 DA LEI DE FALÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS.....	56
4.4 O CAPÍTULO 13 DA LEI DE FALÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS.....	57
5. LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMPARADA.....	59
5.1 QUADRO COMPARATIVO.....	68
5.2 A EFICIÊNCIA DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS.....	70
6. OS CASOS LEHMAN BROTHERS E ENRON.....	71
6.1 O CASO ENRON.....	72
6.2 O CASO LEHMAN BROTHERS.....	74
7. CONCLUSÃO.....	76
BIBLIOGRAFIA.....	79

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo apresentar o instituto da recuperação judicial na lei brasileira e na lei americana, estabelecendo uma comparação entre a recuperação judicial na lei brasileira, mais especificamente a Lei nº 11.101 de 2005, e a Lei Federal Americana atinente ao mesmo tema, o Capítulo 11, do Artigo 11 do US Code. Apesar de manter maior foco no capítulo 11, por esse ser o capítulo utilizado no caso de recuperação judicial corporativa, objeto desta comparação, serão analisados também os capítulos 9 (Reorganização de município); 12 e 13 (Reorganização de pessoa física), por terem também esses capítulos a intenção de recuperar o devedor e apresentarem possibilidades não existentes na lei brasileira.

O trabalho não se destina ao detalhamento da lei brasileira ou americana, mas à descrição básica do instituto de recuperação judicial no Brasil e da *bankruptcy reorganization* nos Estados Unidos, comparando depois as partes em que mais se assemelham ou diferem.

As novas exigências de mercado nos últimos anos fizeram com que fossem necessárias diversas mudanças no Direito Empresarial, para melhor adequação à nova realidade socioeconômica. A lei brasileira, em vista dessa necessidade de melhor adequação ao mercado, inspirou-se na lei americana para formular uma nova lei de falências e recuperação.

A comparação da Lei 11.101 com o *Chapter 11* não tem a intenção de comparar equivalentes perfeitos, pois como se sabe, trata-se de dois países de formações diferentes, particularidades diferentes e, sobretudo, sob ordenamentos jurídicos bastante diferentes. A presente comparação tem por objetivo apenas apontar os pontos de similaridade, em que a Lei Brasileira baseou-se, e aqueles flagrantemente diferentes. Assim, serão abordados os princípios mais importantes deste instituto, bem como os aspectos processuais e procedimentais da recuperação judicial em cada um dos países, além de uma pequena análise jurisprudencial que busca traçar o entendimento dos tribunais nos dois países.

Em ambos os países, o fim da legislação de recuperação judicial é a preservação da empresa, com os consequentes benefícios para o mercado e a geração de empregos, embora se note um discurso menos social por parte do legislador americano. A legislação falimentar é de extrema importância ao se prever o risco de um negócio e, conseqüentemente, para a decisão se determinado negócio vai ou não ser feito. Uma falência ou recuperação extremamente onerosa diminuiria o ânimo do empresário para o risco, diminuindo assim o mercado; uma legislação condescendente demais faria do empresário um temerário, uma vez que não se avaliaria com o devido cuidado os riscos de uma empreitada.

Nesse sentido, discorre DUARTE, Alexandre U.O. , 2009 (p. 162):

Conforme se depreende da natureza da legislação falimentar, as empresas seguirão estratégias com maior ou menor risco. Se o arcabouço legal estimular a manutenção de empresas inviáveis a todo o custo ou permitir que os administradores preservem seu patrimônio depois da falência, esses gestores implementarão projetos e realizarão investimentos sem tomar os devidos cuidados para se precaver contra possibilidade de fracasso. Essa situação gera um resultado ineficiente do ponto de vista econômico, pois implica em perda de valor e bem-estar, além de piorar as condições de crédito para toda economia, pois o maior risco dos negócios diminui a perspectiva de recuperação por parte dos credores. Se, por outro lado, a legislação falencial tender em demasia para o lado dos credores, a aversão ao risco dos empreendedores será maior, o que prejudicará a realização de investimentos rentáveis, inviabilizando o aproveitamento de oportunidades e comprometendo a geração de emprego e renda¹.

Portanto, a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas busca o equilíbrio entre a proteção do mercado, e conseqüentemente dos empregos e benefícios econômicos e sociais relacionados à atividade produtiva, e a proteção do empresário, limitando os impactos no caso de a empreitada dar errado e com isso estimulando a exposição ao risco.

A lei americana, que inspirou o atual modelo brasileiro de recuperação judicial, mais dinâmica e com processo mais célere é um paradigma importante, pois regula o maior mercado consumidor do mundo.

¹ DUARTE, Alexandre U.O. **Direito Recuperacional – Aspectos Teóricos e Práticos**, São Paulo, Ed. Quartier Latin, p. 162, 2009.

2. O PANORAMA HISTÓRICO DO DIREITO EMPRESARIAL BRASILEIRO E O SURGIMENTO DA LEI Nº 11.101/2005

Este trabalho compara o sistema legal atinente à recuperação de negócio em países com formações históricas muito diferentes, o primeiro deles, o Brasil, um país fortemente patrimonialista e com uma histórica dificuldade de separar o público e o privado, comportamento que sem dúvida sempre teve grande influência na forma como os negócios são feitos, uma vez que não há um corte claro de onde começa o público e onde começa o privado, os negócios não ficam totalmente na mão do empresário, mas sofrem influências de toda natureza com muitas intervenções legais, com uma legislação bastante programática e que acaba por onerar o empresário. A outra legislação, objeto de nossa análise, a americana, é um país de formação muita empreendedora, que contou com a iniciativa privada para a realização dos mais complexos fins empresariais, com indústrias de altíssima complexidade completamente construídas pela iniciativa privada, como a ferroviária e metalúrgica e mesmo outras pioneiras, como a de petróleo. Nesse contexto, o Estado foi necessário não para fomentá-las, mas para regulamentá-las, definindo os limites, a exemplo da Standard Oil em 1911, da sua atuação.

Portanto, vale uma breve explicação do panorama histórico do Direito Empresarial Brasileiro, sobretudo porque aqui apontamos um momento que foi de extrema importância para a aproximação dos sistemas legais do Brasil e dos Estados Unidos: a transição da concordata para a recuperação.

De acordo com Waldirio Bulgarelli², a formação do direito empresarial no Brasil, passou por três fases distintas:

A história do direito comercial brasileiro pode ser dividida em três períodos: o de 1808, com a vinda da família real portuguesa ao Brasil, até 1850, data de promulgação do nosso código comercial: de 1850 até 1930, que assinala o fim da Primeira República, e de 1930 até hoje, correspondente ao período da intervenção estatal na atividade privada.

² BULGARELLI, Waldirio. **Direito Comercial**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 38.

O início do direito comercial brasileiro se deu com a chegada da família real portuguesa e com a abertura dos portos do país, muito embora, evidentemente, tenha havido leis que regulavam as transações durante o período colonial. Em 1851, entrou em vigor o primeiro código de natureza comercial do Brasil, e sobre ele ensina Fabio Ulhoa Coelho³:

No Brasil, o Código comercial de 1850 (cuja primeira parte é revogada com a entrada em vigor do código Civil de 2002 – art. 2.045) sofreu forte influência da teoria dos atos de comércio. O regulamento 737, também daquele ano, que disciplinou os procedimentos a serem observados nos então existentes Tribunais de Comercio, apresentava a relação de atividades econômicas reputadas *mercancia*. Em linguagem atual, esta relação compreenderia: a) compra e venda de bens móveis ou semoventes, no atacado ou varejo, para revenda ou aluguel; b) indústria; c) bancos, d) logística; e) espetáculos públicos; f) seguros; g) armação e expedição de navios.

Segundo Paulo Maria de Lacerda, neste Código Comercial de 1850 surgiram as primeiras noções de concordata, com inspiração nos Códigos francês, espanhol e português. Cabe transcrever a digressão histórica noticiada:

O advento do código comercial, nesse ano, trazendo uma parte, a terceira, onde tratava especialmente 'Das Quebras' determinou a substituição, com vantagem evidente, de semelhante caos por um sistema regular definindo, em oito capítulos, a natureza e declaração das quebras, e seus efeitos, a reunião dos credores e a concordata, o contrato de união, os administradores, a liquidação e dividendos, as diversas espécies de créditos e suas graduações, as preferências e distribuição, a reabilitação dos falidos, as moratórias, e finalmente disposições gerais. E logo a seguir apareceu o Decreto nº 738 de 25 de novembro de 1850, contendo uma parte intitulada 'do Processo das Quebras', em que regulamentou a matéria, nalguns pontos completado, ou modificado, pelos decretos nº 1.368 de 18 de abril de 1854 e nº 1.597 de 1 de maio de 1855, notadamente quanto à concordata, nomeação de administradores em caso de destituição, concessão do recurso de agravo, extinção da divisão do processo em duas partes e determinação clara da extensão das atribuições do curador fiscal.⁴

Com o advento do Código Civil de 1916, o Código supracitado foi totalmente revogado. Hoje, o direito empresarial é regido pelo atual Código Civil, de 2002, onde existe um livro específico que trata apenas do direito de empresa. Quanto à falência

³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 9-10.

⁴ DE LACERDA, Paulo Maria. **Da Fallencia no Direito Brasileiro**, São Paulo, Cia. Editora Nacional, p. 7, 1931.

e recuperação de empresas, o Código Civil somente é utilizado como fonte subsidiária, pois a lei 11.101/2005 ocupa-se desta matéria.

O mencionado instituto da concordata, anterior ao advento da Lei nº 11.101/2005, foi bastante influenciado pelo Direito Romano.

Em Roma, no caso de herança ruidosa, o herdeiro tinha duas alternativas: a) aceitar, procedendo à *aditio*, respondendo assim pelos débitos da herança com seu patrimônio pessoal, tendo o herdeiro responsabilidade ilimitada; b) ou renunciava e dava assim causa à *bonorum venditio* (atos de execução patrimonial do espólio) o que tinha como corolário a pena de infâmia à memória do *de cuius*.

Surgiu então uma terceira alternativa ao herdeiro - o *pactum ut minus solvatur*, com essa alternativa, havia um melhor equilíbrio entre o interesse do herdeiro e do credor, com ela já não era necessário recorrer à *aditio* ou à renúncia, pois havia a possibilidade de pagamento parcial, o que a um só tempo preservava o patrimônio pessoal do herdeiro e a honra do *de cuius*, com isso os credores poderiam contra com uma maior celeridade e, o mais importante, maior segurança jurídica no processo de execução da herança.

Uma vez que o herdeiro aderisse ao *pactum ut minus solvatur*, os credores não mais poderiam reclamar seus créditos hereditários na integralidade, pois se assim o fizessem corriam o risco de perder o *quantum* reclamado, juntamente com crédito reduzido já negociado com o herdeiro.

O *pacta de non petendo* ou pacto remissivo é uma concordata amigável ou extrajudicial, em que os devedores (exceto os hereditários) faziam pactos remissivos com seus credores. Porém, na formalização do *pacta de non petendo*, ao devedor restava ainda a obrigação de pagar parte da dívida, assumindo a impossibilidade de pagar integralmente seus credores e ficando assim mantida a pena de infâmia. Uma vez que o devedor que optava pelo *pacta de non petendo* ficava ainda com o *de cuius* sujeito a esta pena, isto é, a honra do *de cuius* continuava manchado, tal pacto logo caiu em desuso.

Sobre a matéria, Eduardo Marchi (1999, p. 72) explica:

(...), diante de uma herança seguramente gravosa (danosa), ou, pelo menos, suspeita, podia o herdeiro – extraneus, suus er necessarius ou necessarius tantum – isto é, com maior precisão, o chamado à herança (*delatus*), subordinar a sua aceitação *aditio* ou *immixtio*) ao ajuste com os

credores hereditários de uma espécie de concordata preventiva judicial: o *pactum ut minus solvatur*.

Reunidos em juízo os credores hereditários – ainda de acordo com o quadro presente na Compilação -, caso a maior parte deles (maior pars creditorum: princípio da maioria) acolhesse a proposta de redução proporcional dos créditos (suficiente para evitar a execução concursal), o pretor, por meio de um decretum, homologava tal pacto (Ulp. 4 'ad ed'. , D.2, 14, 7, 19). A maioria era calculada 'pro modo debiti, non pro numero personarum' (Pap. 10 resp., D. 2, 14, 8), ou seja, com base no montante ou importe dos débitos, e não no número de credores. Uma vez ratificado pelo pretor – ou confirmado judicialmente -, o *pactum ut minus solvatur* vinculava coercitivamente a minoria dos credores – dissidentes ou ausentes.

Tratava-se assim, em comparação com direito comercial moderno, de uma autêntica concordata (preventiva) coativa ou forçada, também chamada concordata por maioria, do tipo ainda hoje contemplado por vários ordenamentos jurídicos (...)⁵

Abaixo, o mesmo autor segue afirmando a aproximação dos dois institutos pelo caráter jurisdicional de ambos e da necessidade de manifestação judicial para a confirmação do pedido ou do pacto:

Dado esse seu caráter jurisdicional no Direito Romano (decorrente – como se viu – da necessidade em quaisquer circunstâncias, da homologação por um decretum praetoris), o *pactum ut minus solvatur* aparece-nos, portanto, como instituto análogo, quanto à disciplina e função, ao da concordata moderna. Se não, vejamos: em nosso direito, a concordata, como bem observa REQUIÃO, tem a natureza jurídica de sentença, constituindo favor legal concedido ao comerciante insolvente. Neste sentido, o juiz, em nosso sistema, ao considerar atendidos os requisitos legais, pode conceder ou não a concordata, mesmo contra a vontade da maioria ou até mesmo da totalidade dos credores. Note-se que em outros direitos, como por exemplo, o italiano e o alemão, vigora ainda, à diferença do nosso, a concordata por maioria. É o sistema adotado, em geral, pelos países de economias fortes e estáveis.

Poderia algum opositor, a esta altura, sentir-se tentado a apresentar tal diversidade como empecilho à aproximação entre a concordata romana e especificamente aquela contemplada pelo ordenamento pátrio. Replicaríamos, desde logo: demonstrado que já no Direito Romano clássico, mesmo em caso de concordata amigável com a unanimidade dos credores, fosse necessário o decretum praetoris, ou seja, uma homologação judicial do *pactum ut minus solvatur* pelo pretor, este último teria o poder discricionário de conceder ou não a concordata. O pretor, em suma, não era, portanto, obrigado a obedecer mecanicamente a vontade da maioria ou da totalidade dos credores; semelhantemente, pois, à função do juiz no sistema processual do direito falimentar brasileiro.

Deve-se, por fim, observar que a conclusão acima exposta não invalida, no entanto, como é evidente e dado os testemunhos das fontes, o fato de terem os romanos conhecido e aplicado a concordata unicamente em caso de herança gravosa. No direito moderno, como se disse, parte-se da ideia de que a concordata representa um favor legal concedido ao devedor infeliz e de boa-fé. Em última análise, portanto, a lei procura melhorar a situação do devedor, possibilitando-lhe, mediante a concordata, evitar a falência e superar, eventualmente, as momentâneas dificuldades financeiras. Já no

⁵ MARCHI, Eduardo. **Concurso de Credores e Pactum ut Minus Solvatur**, Itália, 2ª edição, Edizioni Del Grifo, p. 41, 1999.

Direito Romano clássico, ao se regulamentar, por obra da jurisprudência e do pretor, o *pactum ut minus solvatur* ou *concordata*, buscava-se não conceder um favor legal ao devedor (no caso, o herdeiro que aceitava a *hereditas damnosa*), mas fundamentalmente salvar ou preservar a boa forma do *de cuius*. Neste sentido, pois, a admissão da *concordata* naquele direito deu-se, em grande parte, não por considerações de ordem patrimonial, como no direito moderno, e sim, essencialmente, por razão de ordem ética: resguardar da infâmia a memória do *de cuius* insolvente. Todavia, de modo subsidiário, não faltaram também, quando do seu aparecimento na praxe romana, motivos de ordem prática – decorrentes da necessidade dos credores receberem, com maior rapidez, um pagamento parcial, em vez de correrem os riscos inerentes à execução forçada - análogos aos da experiência moderna.⁶

Ainda sobre os precedentes da *concordata*, Alessandra Domingues (2009, p. 75) ressalta:

é inegável a importância do *pactum ut minus solvatur* para a composição e a disciplina da *concordata* do direito moderno, tanto que, para alguns, representa um precedente da *concordata*. Mesmo para a corrente que assim não o considera, aceita-o como embrião da *concordata* preventiva, como figura análoga na estrutura externa. Para esses doutrinadores, o real precedente encontra-se no processo coletivo surgido em decorrência dos usos e costumes das corporações de mercadores e dos estatutos das cidades italianas.⁷

No entanto, há de se considerar as profundas diferenças entre os institutos de direito romano e a *concordata* no sentido em que era entendida no Brasil. O texto supra tem por fim somente apontar o que, na opinião dos autores supracitados, pode estar na origem do instituto da *concordata*. Lembremo-nos ainda que no caso do *pactum ut minus solvatur* estamos falando de direito sucessório, na preservação de honra do *de cuius* e isso em nada tem a ver com o intuito da *concordata*, de preservação da empresa e satisfação dos credores. Essa necessidade nasce ao menos 1500 anos depois, com a imprescindibilidade de maior segurança jurídica nas transações comerciais que começam a ganhar vulto em cidades no norte da Itália.

A partir das noções acima apresentadas, pode-se observar que a *concordata* no Brasil possuía diversas deficiências, e sobre elas, o desembargador do Tribunal

⁶ MARCHI, Eduardo. **Concurso de Credores e *Pactum ut Minus Solvatur***, Itália, 2ª edição, Edizioni Del Grifo, P. 173, 1999.

⁷ DOMINGUES, Alessandra A. **Direito Recuperacional – Aspectos Teóricos e Práticos**, São Paulo, Ed. Quartier Latin, p. 75, 2009.

Regional do Trabalho do Paraná, Célio Horst Waldraff, cita em sua obra Luís Carvalho Fernandes, o qual estabelece as principais deficiências da concordata⁸:

- impossibilidade de refletir as alterações após a Segunda Guerra Mundial no meio econômico;
- concebida para o comerciante individual, não se adequando à grande empresa;
- não distinguiu o comerciante e a empresa, em especial nas consequências penais dos atos do comerciante falido, que prejudicam também a empresa em si;
- preocupa-se excessivamente com a situação obrigacional dos credores, servindo como rele meio extremo de cobrança;
- excessivamente formalista no temário processual;
- a caracterização da falência pela simples impontualidade do devedor evidencia a finalidade meramente liquidatório-solutória, que somente existiria em casos de absoluta inviabilidade da empresa;
- privilegia excessivamente o fisco, inibindo os credores à concessão de crédito do falido.

Assim, resta óbvio que a concordata já não mais respondia às necessidades, não preocupava-se primariamente com a preservação da empresa e sua função social. Sem dúvida a concordata por mais de um século e meio ajudou a garantir a segurança jurídica no Direito Empresarial brasileiro, mas àquele ponto já não mais o fazia, ficando evidente a necessidade de criação de uma nova lei, com disposições mais modernas acerca do processo de reerguimento de negócios. Sobre isso, Amador Paes de Almeida afirma⁹:

A concordata, malgrado constituir-se no instrumento jurídico indispensável à recuperação econômico-financeira dos empresários, com o correr do tempo foi-se mostrando inadequada, entre outras coisas, por não assegurar ao devedor recursos financeiros fundamentais para a manutenção de estoques e continuação da atividade empresarial. De outro lado, sem garantia efetiva de receber seus créditos, as instituições financeiras recusavam-se, sistematicamente, a financiar a atividade negocial de concordatários, tornando impraticável o fiel cumprimento das obrigações destes, o que, na prática, culminava na convalidação da concordata em falência, com prejuízos insanáveis para o devedor, fornecedores e empregados.

Em 1945 tivemos a última grande mudança na legislação comercial antes do advento da nova lei, o Decreto-Lei 4661, que não mais permitia a concordata por maioria, judicial e coativa, afastando ainda a possibilidade de concordata amigável e

⁸ WALDRAFF, Célio Horst. **A Nova Lei de Falência e o Direito do Trabalho**. Curitiba: Genesis, 2005. p. 23-24.

⁹ ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. 25. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 303.

extrajudicial, que passava a ser considerada hipótese de decretação de falência do devedor:

No direito falimentar brasileiro, a possibilidade prática da concordata amigável ou extrajudicial é afastada perante os termos do art. 2º, III, da nossa atual Lei de Falências e Concordatas. Este dispositivo considera também caracterizada a falência quando o devedor (comerciante) 'convoca credores e lhes propõe dilação, remissão de créditos ou cessão de bens; deste modo, basta que apenas um credor recuse a proposta de concordata para a falência (...). Tal constatação, no entanto, não impede que ao menos em teoria, seja possível, mesmo no direito falimentar brasileiro, a concordata amigável ou extrajudicial: basta que todos os credores aceitem a proposta, evitando-se o ingresso em juízo ou a provocação da falência (embora o devedor fique, evidentemente, desprovido de qualquer proteção judicial contra o pedido). Trata-se sempre, em última análise, de direito dispositivo.¹⁰

Até 1945 a fundamentação da concordata era essencialmente contratualista, uma vez que predominava a vontade dos credores. Com a entrada em vigor do Decreto-Lei 7.661/45 passa a valer a “concordata sentença”, isto é, a sentença passa a dar valor legal à concordata e torná-la obrigatória. Desta forma, a concordata passa a ser um favor legal, uma concessão do Estado por meio de sentença judicial, dentro de uma ação judicial promovida pelo devedor diante dos credores que eram ali litisconsortes. Nesse novo contexto, a vontade dos credores já não era o fator determinante, nem tampouco o consócio de vontades entre devedor e credores, pois acordos extrajudiciais não tinham validade, mas o simples atendimento dos requisitos legais e objetivos por parte do devedor, ficando a decisão na mão do juízo.

A doutrina criticava vários pontos desse sistema de concordata, quando não a própria jurisprudência. A restrição da concordata aos créditos quirografários, a determinação das formas de remissão de dívidas e da dilação do prazo para pagamento dos quirógrafos e a escolha do critério de impontualidade no lugar do critério de insolvência eram alguns desses pontos de desacordo. Havia ainda, e aqui talvez o mais grave, já que uma forte intervenção ou ao menos desconsideração da capacidade do mercado de resolver suas pendências, um outro aspecto: o entendimento de que a concordata amigável e extrajudicial era ato de falência. O que isso significa é uma pretensão do Estado de regular o regulado, de resolver o já

¹⁰ MARCHI, Eduardo. **Concurso de Credores e Pactum ut Minus Solvatur**, Itália, 2ª edição, Edizioni Del Grifo, p. 51, 1999.

resolvido, o que resultava em um ônus para o contribuinte, uma vez que criava a necessidade de intervenção onde os agentes não a tinham convocado (ou ao menos não de boa fé), com altos custos processuais que acabavam socializados.

O modelo concursal era ainda ineficaz para regular empresas cada vez mais complexas e de funcionamento complicado, há ainda de se ter em conta a existência de grupos econômicos, o aumento das relações comerciais internacionais e a globalização. Alguns autores chegam a apontar a falta de atualidade da lei de 1945 pelo critério léxico de que se falava em comerciante e não empresário, sem que houvesse uma distinção clara entre a pessoa do comerciante e a atividade economicamente organizada. Talvez ater-se tanto ao léxico seja de fato um exagero, vez que se muda a compreensão de uma palavra ao se mudar o contexto. Mas o fato é que esta falta de clareza entre o empresário e o empreendimento sem dúvida trazia prejuízos à economia e à sociedade.

Apesar de hoje desatualizado e superado pela legislação de 2005, a Lei 11.101, é preciso dizer que o Decreto-Lei 7.661/45 tem um contexto histórico bastante particular e reflete um pós-guerra em que a preocupação com a continuidade da empresa e com a manutenção dos empregos passou a ser mais importante do que a proteção dos créditos dos credores, a empresa nesse novo contexto era liquidada apenas se inviável. Deixar a continuidade da empresa nas mãos do devedor, que podia optar por simplesmente não pedir a concordata, ou nas mãos dos credores, que podiam rejeitá-la sem ter em conta os potenciais impactos sociais, seria um desserviço à evolução socioeconômica brasileira, tornando a lei ineficiente para a solução de crise financeira do credor. O Estado, sempre com dificuldade em fechar suas próprias contas, oferecia-se então para apontar uma solução.

Tendo em conta as limitações da antiga lei, houve um esforço de várias décadas para que o Decreto-Lei de 1945 fosse substituído por uma lei mais moderna, com uma melhor capacidade de análise e diferenciação entre os negócios viáveis e inviáveis, mantendo o devedor, salvo hipótese de fraude, na administração do negócio e considerando não apenas o interesse dos credores, mas o interesse de toda a sociedade em ver a atividade econômica continuar e gerar empregos e desenvolvimento. Para que se tentasse chegar a estes objetivos, entrou em vigência

em 2005 a Lei 11.101/05, revogando a lei falimentar anterior e trazendo ao direito brasileiro um novo sistema concursal, um sistema fortemente inspirado no *Chapter 11, Article 11* do *US Code*, a legislação norte americana sobre a mesma matéria conforme se mostrará adiante. O novo sistema brasileiro adotaria o princípio da preservação da empresa, de sua função social e dos diversos interesses implicados na existência de uma empresa. A concordata deixa então de existir e é substituída pela recuperação, recuperação esta que pode se dar de maneira judicial, extrajudicial ou especial. Sobre a nova lei, discorre Marcos de Barros Lisboa:

O espírito geral que norteou a elaboração da nova lei foi justamente a adequação do sistema falimentar ao atual estágio de desenvolvimento da economia brasileira, em geral, e das relações comerciais em particular. Mecanismos de alinhamento de incentivos foram criados, acompanhando a direção que vem sendo seguida pelos países que recentemente reformaram sua legislação falimentar. A nova Lei cria dispositivos que estimulam a negociação entre devedor e credores, de forma a encontrar soluções de mercado para empresas em dificuldades financeiras. O objetivo central é viabilizar a continuidade dos negócios da empresa enquanto unidade produtiva, mantendo assim a sua capacidade de produção e de geração de empregos, oferecendo condições para que as empresas com viabilidade econômica encontrem os meios necessários para sua recuperação a partir de negociações com seus credores. Caso os credores entendam que a reabilitação da empresa não é possível, a Lei estimula a sua venda num rito expresso, de modo a permitir que, sob uma nova administração, a empresa continue a exercer a sua função social de gerar empregos e renda. Em última instância, se o negócio não mais for viável, a Lei cria condições factíveis para que haja uma liquidação eficiente dos ativos, permitindo assim que maximizem os valores realizados e, conseqüentemente, se minimizem as perdas gerais.

Pretende-se assim estimular a recuperação da empresa, desde que obedecidas restrições de viabilidade e eficiência. O modelo adotado foi calibrado de forma a gerar incentivos concretos à reorganização dos negócios, mas preocupado em coibir problemas de risco moral, que normalmente acompanham a condução ineficiente dos negócios e uma administração desvinculada dos interesses dos credores. A nova Lei de Falências busca evitar o quadro observado no regime anterior, em que a ausência de um ambiente de negociações entre credores e devedor e processos falimentares extremamente morosos levavam à deterioração dos ativos tangíveis e intangíveis da empresa.¹¹

Isto é, o que se buscou, na linha do texto acima, foi adequar o direito ao fato e para tanto a nova Lei de falências e recuperação de empresas destituiu a rigidez do instituto concordata, tornando mais fácil, célere e livre a recuperação de empresas, que contava agora com os formatos judicial, extrajudicial e especial, com isso o devedor podia tentar soluções de mercado para reestruturação da empresa,

¹¹ LISBOA, Marcos de Barros *et al.* **A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas.** In: DE PAIVA, Luiz Fernando Valente (coord). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas,** São Paulo, Quartier Latin, p.41, 2005.

contando com mecanismos flexíveis de negociação e para a remissão das dívidas e dilação dos prazos de pagamento.

A Recuperação judicial passa a tratar também situações mais complexas, destinando-se a todos os credores, conforme abaixo detalhado, divididos em três classes. A recuperação extrajudicial dá ao credor a possibilidade de fazer acordos com seus credores, tendo depois o reconhecimento judicial destes acordos, ao contrário da concordata tal ato não poderá ser entendido como um ato de falência, isso facilita o arranjo da situação dentro do próprio mercado, com menor dispêndio de tempo do poder judiciário e conseqüentemente com menor custo e maior celeridade; há ainda a recuperação especial, disponível para as micro e pequenas empresas, com critérios mais rígidos de saneamento de dívida.

Ressaltando ainda uma vez a importante distinção em relação ao instituto da concordata, segundo Coelho (2005, p. 303), a recuperação judicial e extrajudicial veio para substituir o objetivo principal da concordata que visava apenas o pagamento dos débitos, para uma visão social da empresa, conforme a transcrição abaixo:

Até a entrada em vigor da nova Lei de Falências, o direito brasileiro não estimulava soluções de mercado para a recuperação das empresas em estado crítico. Isto porque sancionava como ato de falência qualquer iniciativa do devedor no sentido de reunir seus credores para uma renegociação global das dívidas. O empresário individual ou a sociedade empresária que se arriscasse a convocar os credores para lhes submeter um plano qualquer de recuperação podia ter falência requerida e decretada, frustrando-se assim a solução de mercado que tentara encaminhar. Com nova lei, muda-se substancialmente o quadro. Ao prever e disciplinar o procedimento de recuperação extrajudicial, ela cria as condições para a atuação lógica do mercado na superação da crise nas empresas devedoras.¹²

Pelo exposto, conclui-se que a Lei 11.101 de 2005 pode ser entendida como uma evolução legislativa, haja vista que se preocupa não somente com a satisfação da dívida, mas principalmente busca a preservação da empresa e de sua função social. Outro ponto de grande importância nessa lei é o fato de ela buscar uma adequação da disciplina legal pertinente à recuperação de negócio à realidade de tal situação, buscando facilitar, desonerar e agilizar o processo.

¹² COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas: (Lei nº 11.101, de 9-2-2005)*. 2ª ed. rev, São Paulo, Saraiva, p. 303, 2005.

3. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

3.1 PRINCÍPIOS GERAIS

Para se estudar com mais eficiência o instituto da recuperação judicial de empresas no Brasil e nos Estados Unidos, primeiramente é importante estabelecer e compreender os princípios que norteiam o processo recuperacional, já que tais princípios “devem servir de base fundamental para a compreensão e interpretação da ordem positiva vigente, para que a real *mens legis* seja alcançada”.¹³

O fim da recuperação judicial de empresas é justamente o de buscar o restabelecimento da empresa por meio de procedimentos que vão da interferência de um administrador judicial até a participação dos credores na administração da empresa.

Bezerra Filho (2005) discorre a respeito da introdução no ordenamento jurídico da recuperação judicial:

Esta lei (*Lei...*, p.129) pretende trazer para o instituto da falência e da recuperação judicial um nova visão, que leva em conta não mais o direito dos credores, de forma primordial, como ocorria na anterior. A lei anterior, de 1945, privilegiava sempre o interesse dos credores, de tal forma que um exame sistemático daqueles artigos demonstra a ausência de preocupação com a manutenção da empresa como unidade produtiva, criadora de empregos e produtora de bens e serviços, enfim, como atividade de profundo interesse social, cuja manutenção deve ser procurada sempre que possível.¹⁴

Assim, primeiramente é necessário compreender que os objetivos fundamentais do processo de recuperação de empresas são justamente a superação da crise financeira e a preservação da atividade econômica, para que a empresa continue cumprindo com sua função social, conservando-se, por exemplo, os empregos, e estimulando a atividade econômica organizada.

¹³ DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. **As fases da recuperação judicial**. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2009. p. 77.

¹⁴ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova lei de recuperação e falências comentada**. 3º ed. São Paulo: RT, 2005.

3.1.1 Princípio da Preservação da Empresa

A principal diferença entre os institutos da concordata que vigorava no Brasil, e que veio a ser substituída pelo processo recuperacional da empresa, é o fato de que anteriormente, visava-se apenas a satisfação da dívida, ou seja, não havia preocupação social alguma com a empresa, nem mesmo a oportunidade de ela continuar existindo.

Com o passar do tempo, com o advento da Lei 11.101 de 2005, observou-se que a atividade econômica merecia ser preservada em detrimento da decretação da falência, razão pela qual o princípio da preservação da empresa norteou a lei ora estudada.

Sobre este princípio, discorre Waldo Fazzio Junior¹⁵:

A conservação da atividade comercial é o ponto mais delicado do regime jurídico de insolvência. Ao contrário da concepção cirúrgica adotada na extinta LFC, pretende-se, com a LRE, na medida do possível, priorizar a recuperação sobre a liquidação. Só deve ser liquidada a empresa inviável, ou seja, aquela que não comporta uma reorganização eficiente ou não justifica o desejável resgate.

O ônus da reorganização das empresas no Brasil será da sociedade, uma vez que os contribuintes deverão pagar as consequências, pois os agentes econômicos repassarão certamente os riscos aos preços de seus produtos, por isso nem toda empresa merece ou deve ser recuperada. A reorganização de atividades econômicas é custosa e a sociedade brasileira acaba por pagar a recuperação das empresas. É necessário que o Judiciário seja criterioso ao definir quais empresas serão recuperadas, determinando a recuperação das empresas com valor absoluto. Nem toda empresa deve ser “salva” a qualquer custo, conforme ensina Fabio Ulhoa Coelho¹⁶:

¹⁵ FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 36.

¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 18. ed. revista e atualizada São Paulo: Saraiva, 2007. p. 369.

Como é a sociedade brasileira como um todo que arca, em última instância, com os custos da recuperação das empresas, é necessário que o Judiciário seja criterioso ao definir quais merecem ser recuperadas. Não se pode erigir a recuperação das empresas em um valor absoluto. Não é qualquer empresa que deve ser salva a qualquer custo. Na maioria dos casos, se a crise não encontrou uma solução de mercado, o melhor para todos é a falência, com a realocação em outras atividades econômicas produtivas dos recursos materiais e humanos anteriormente empregados na da falida.

A viabilidade é realizada pelo Judiciário, e baseada em fatores como importância social, mão de obra e tecnologia empregadas, volume do ativo e passivo, tempo de existência da empresa e seu porte econômico.

Em que pese não serem todas as empresas merecedoras dessa chance recuperacional, esclarece-se que o princípio da preservação da empresa está, inclusive, previsto na Constituição Federal, de tal sorte que é de extrema importância ao menos tentar buscar a recuperação e superação das dificuldades antes de ser decretada a falência, pois como já foi dito, a atividade econômica está relacionada a diversos outros fatores, os quais também seriam prejudicados no caso de encerramento das atividades, nas palavras de Gladston Mamede¹⁷:

Essa riqueza, por certo, beneficia o empresário e os sócios da sociedade empresária, por meio da distribuição dos lucros. Mas beneficia igualmente todos aqueles que estão direta ou indiretamente envolvidos: não só os empregados, mas os fornecedores (e seus empregados, que têm trabalho), os clientes (outras empresas ou consumidores, que têm bens e serviços à sua disposição), o próprio mercado, que ganha com a concorrência entre as diversas empresas, bem como com a complexidade dos produtos – bens e serviços – que o compõe, o Estado, com os impostos, a região em que a empresa atua, com os benefícios decorrentes da circulação de valores etc.

Pelo exposto, resta evidenciado que a empresa merece ser preservada, obviamente não a qualquer custo, no entanto, como é por meio da atividade econômica que os países geram empregos, movimentam a economia, recolhem tributos, dentre outros, deve-se, por certo, buscar a manutenção da empresa antes de seu fechamento.

¹⁷ MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 4. ed. revista e ampliada São Paulo: Atlas, 2009. p. 448.

3.1.2 Princípio da Função Social

O princípio da função social decorre do princípio da preservação da empresa. De acordo com Carlos Eduardo Quadros Domingos: “jamais será alcançada a função social da empresa se afastarmos a aplicabilidade do princípio retro estudado da preservação da empresa”.¹⁸

Como visto, é por meio da empresa que o país gera empregos, movimentando a economia, aumenta a concorrência, recolhe tributos, etc. Tais fatores podem ser considerados como funções sociais geradas em decorrência do funcionamento da empresa. Exatamente nesse sentido, Gladston Mamede conclui que “é preciso preservar a empresa para que ela cumpra a sua função social”.¹⁹

Assim sendo, pode-se dizer que o interesse na conservação da empresa para que esta atinja sua função social, é de todos os cidadãos e não somente dos empresários ou dos credores, esse inclusive, é o entendimento de Mamede, o qual apresenta em sua obra o sentido de que o “interesse que a comunidade como um todo, organizada em Estado, tem sobre a atividade econômica organizada, ainda que se trate de atividade privada, regida por regime jurídico privado”.²⁰

Portanto²¹:

O raciocínio natural que se tem a respeito da importância social das empresas para a comunidade, é que o Estado deve envidar todos os esforços para preservar a saúde financeira delas. Inegavelmente, elas contribuem fundamentalmente para que os cidadãos realizem suas melhores expectativas de vida, seja pela produção de um medicamento, seja pela colocação no mercado de bens e serviços que facilitam a vida das pessoas, seja pela geração de empregos que resultam em pagamentos de salários que dão acesso a esses confortos.

¹⁸ DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. **As fases da recuperação judicial**. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2009. p. 80.

¹⁹ MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 4. ed. revista e ampliada São Paulo: Atlas, 2009. p. 164.

²⁰ MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 4. ed. revista e ampliada São Paulo: Atlas, 2009. p. 164.

²¹ ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho; ZANOTI, André Luiz Depes. A preservação da empresa sob o enfoque da nova lei de falência e de recuperação de empresas. **LEX: Revista do Direito Brasileiro**, São Paulo, n.29, p.15, set./out. 2007.

Dessa forma, preservar a empresa para que esta cumpra sua função social é, inclusive, uma garantia constitucional, pois a Constituição brasileira preconiza em seu artigo 3º, por exemplo, o desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e redução das desigualdades.

3.2 MEIOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA

A lei de falências e recuperação de empresas número 11.101 de 2005, em seu artigo 50 possui uma lista exemplificativa dos meios de recuperação de atividade econômica, com variados instrumentos financeiros, administrativos e jurídicos disponíveis às empresas em crise. Como dito acima, tal lista é exemplificativa, isto é, não esgota as possibilidades à disposição do devedor, que pode ainda utilizar outros meios para restaurar a empresa e isso é uma diferença essencial em relação à lei anterior, o Decreto Lei 7.661/45, que continha somente as hipóteses de i) apresentar padrão parcial dos débitos; ii) dilação dos prazos de pagamento; ou iii) combinação de todas as hipóteses.

A nova lei, ao não limitar as possíveis medidas àquelas previstas em sua letra, criando uma lista meramente exemplificativa permite que o devedor e o credor busquem soluções de mercado e o mercado é normalmente muito mais célere do que o legislador ou o judiciário. Sem dúvida este foi um grande ganho, pois deu ao devedor maior liberdade de escolha, permitindo a análise do melhor meio ou mesmo a escolha de uma combinação de meios para a recuperação da empresa.

Frisa-se uma vez mais que tal rol previsto no artigo 50 é meramente exemplificativo, pelo que deixou de haver nessa lei o engessamento que havia sob a concordata, essa liberdade prevista já no caput nos dá o espírito dessa nova legislação, que como foi dito acima busca uma maior adequação e integração ao mercado.

Conforme explica Gladston Mamede²²:

Nesse sentido, merece particular atenção o artigo 50 da Lei 11.101/05, quando lista meios de recuperação judicial, mas adverte, já em seu caput,

²² MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. Volume IV. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2009. p. 215.

tratar-se de relação meramente exemplificativa, podendo ser adotados outros meios, desde que logrem a concordância entre o empresário ou sociedade empresária devedora e a assembleia de credores.

É interessante observar neste artigo a aproximação da legislação americana, que tende, fora os casos de fraude, a deixar o processo sob a administração do devedor, tal qual se faz no Brasil. Ora, deixar a administração nas mãos do devedor implica, em última análise, deixar que ele escolha quais meios são mais eficazes para a recuperação de seu negócio, pois de nada adiantaria ele poder levar adiante o negócio, na tentativa de restaurá-lo, se não dispusesse de todas as medidas que julgasse mais adequadas ao reerguimento da empresa. Nesse sentido dispõe Manoel Justino Bezerra Filho²³:

A Lei pretendeu deixar às partes interessadas, ou seja, devedor e credores, a possibilidade de viabilização do plano de recuperação, sendo possível a concessão da recuperação na forma que essas partes acordarem, desde que não ocorra impedimento legal de outra ordem. O que se verifica é que a Lei estabeleceu que o devedor deve informar de qual forma pretende viabilizar sua recuperação e aos credores compete examinar o plano para que digam se concordam ou não. Tanto que este art. 50, ao relacionar, em seus 16 incisos, formas possíveis de recuperação, termina a expressão dizendo 'dentre outros', deixando assim a cláusula em aberto, a ser preenchida pela vontade das partes levada ao juiz.

Isto é, o devedor tem grande liberdade na preparação do plano, que deve ser feito em 60 dias, a ser apresentado ao juiz, que o submeterá aos credores para aprovação, os credores podem então apresentar objeção, caso em que se convocará uma assembleia de credores para avaliação do plano, não havendo no entanto qualquer objeção tempestiva ao plano, este será homologado.

²³ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências**: Comentada. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 130.

3.3 ÓRGÃOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA

A Lei de Falência e Recuperação estabeleceu órgãos fiscalizatórios e decisórios tanto para a hipótese de falência, quanto para a hipótese de recuperação, tais órgãos possuem cada um suas atribuições, composição e competências²⁴. São os seguintes os órgãos especiais previstos pela LRFE: a assembleia geral de credores, o administrador judicial e o comitê.

A assembleia geral de credores é de constituição facultativa e possui funções sobretudo deliberativas, trata-se de um colegiado de credores com o fim de deliberar sobre questões relevantes do processo de recuperação judicial ou falência²⁵, a constituição da assembleia não é um ato processual, é estabelecida fora do juízo, muito embora sua convocação seja competência exclusiva do juiz. Nos termos do artigo 35 da Lei de Falências e Recuperação de Empresas, a assembleia geral de credores tem os seguintes fins: aprovar, rejeitar e revisar o plano de recuperação judicial; aprovar a instalação do comitê e eleger seus membros; manifestar-se sobre o pedido de desistência da recuperação judicial; eleger o gestor judicial (quando afastados os direitos da sociedade empresária requerente), e deliberar sobre qualquer outra matéria de interesse dos credores.

A assembleia de credores é formada por três classes de credores, conforme disposto no artigo 41 da Lei 11.101/2005. A primeira classe é a dos credores trabalhistas; a segunda classe a dos titulares de direitos reais de garantia; e a terceira a dos quirografários titulares de privilégio (geral ou especial) e subordinados.

A recuperação judicial conta ainda com o administrador judicial, este fica sob a supervisão direta do juiz, operando como seu auxiliar, sobretudo em funções fiscalizatórias. O administrador judicial é nomeado pelo juiz no mesmo despacho em que se ordena processar o pedido de recuperação judicial, ficando então responsável pela fiscalização da recuperação. Sobre a figura do administrador judicial, a LRFE, em seu artigo 21, diz ainda que “deve ser pessoa idônea, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas, contador ou pessoa jurídica especializada”. No caso de não haver um comitê de credores, nos

²⁴ RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de Empresas: de acordo com a lei 11.101, de 09-02-2005** São Paulo: Manole, 2008. p. 327.

²⁵ RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de Empresas: de acordo com a lei 11.101, de 09-02-2005** São Paulo: Manole, 2008. p. 338.

termos do artigo 28 da lei LRFE, “cabará ao administrador judicial, ou na incompatibilidade deste, ao juiz exercer suas atribuições”.

Há ainda um outro órgão, o comitê de credores, que é um órgão facultativo. Para a sua criação o que se leva em conta é basicamente se o vulto da atividade econômica justifica sua existência, a partir disso os credores decidirão se sua existência é justificável ou não, o que é feito em assembleia. Se aprovada a instalação do comitê de credores, será eleito um membro titular e dois suplentes para cada classe de credores (trabalhistas, com garantia real e quirografário). Caberá ao comitê fiscalizar o administrador judicial e a empresa em recuperação judicial, prestando contas mensais. O comitê pode ainda elaborar um plano de recuperação alternativo, cabendo ainda ao comitê avisar ao juiz no caso de constatação de irregularidades e propor alternativas. No caso de ser inviável a constituição de um comitê, por não razoável, suas funções serão exercidas pelo administrador judicial, isso evidentemente não se aplica a caso em que tal exercício não é compatível, como por exemplo na fiscalização do administrador judicial, função que será exercida por aquele que o juiz indicar.

De acordo com Restiffe²⁶, o conceito de comitê seria:

o comitê de credores é órgão coletivo de natureza fiscalizatória, de constituição facultativa, porque depende de deliberação de qualquer das classes de credores na assembleia geral de credores (AGC), nos termos dos arts. 26, caput, e 56 § 2º da Lei n. 11.101/2005.

Pelo exposto, depreende-se que a principal competência do comitê é fiscal, as atribuições do comitê de credores estão dispostas no artigo 27 da Lei de Falências e Recuperação de Empresas.

3.4 FASES DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O processo de Recuperação Judicial brasileiro é composto por três fases distintas: fase postulatória, na qual a parte interessada requer a concessão do

²⁶ RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de Empresas: de acordo com a lei 11.101, de 09-02-2005** São Paulo: Manole, 2008. p. 334.

benefício recuperacional; fase de deliberação, identificada pelo momento em que será elaborado um plano, tal plano é de fundamental importância pois fixará os termos sob os quais se buscará preservar a empresa, e finalmente a fase de execução, momento em que o plano elaborado na fase de deliberação deve ser executado, dentro dos parâmetros planejados.

Fabio Ulhoa Coelho²⁷ apresenta uma síntese do que virá a ser o processo de recuperação judicial:

Na primeira, que se pode chamar de fase postulatória, o empresário individual ou a sociedade empresária em crise apresenta seu requerimento do benefício. Ela se inicia com a petição inicial de recuperação judicial e se encerra com o despacho judicial mandando processar o pedido (art. 52).

Na segunda fase, a que se pode referir como deliberativa, após a verificação de crédito (arts. 7º a 20). Discute-se e aprova-se um plano de reorganização (art. 53). Tem início com o despacho que manda processar a recuperação judicial e se conclui com a decisão concessiva do benefício (art. 58).

A derradeira etapa do processo, chamada de fase de execução, compreende a fiscalização do cumprimento do plano aprovado. Começa com a decisão concessiva da recuperação judicial e termina com a sentença de encerramento do processo (art. 63).

A seguir, cada etapa do processo de recuperação de empresas no Brasil, será analisada nos termos daquilo que está disposto na Lei específica sobre o tema n. 11.101 de 2005.

3.4.1 Fase Postulatória

Como identificado anteriormente, a fase postulatória, também conhecida como fase de processamento é o momento em que é realizado o requerimento do benefício recuperacional. Para tanto, é necessário verificar os sujeitos legitimados para fazer tal requerimento, os quais estão dispostos no artigo 48 da Lei 11.101 de 2005. Tal fase é iniciada pela propositura do legitimado, vale lembrar que não cabe desistência do pedido de recuperação judicial, salvo aprovação em assembleia de

²⁷ COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.171.

credores. A inicial do pedido de recuperação deve atender as exigências dos artigos 48 e 51 da LRFE.

Além dos requisitos supracitados, o devedor que pretende requerer o benefício da recuperação judicial precisa atender algumas condições formais, pois o benefício deverá ser pleiteado por meio de uma petição inicial, com todas as formalidades. Assim, obrigatório atender aos requisitos constantes no artigo 282 do Código de Processo Civil, deve-se atentar ainda para o cumprimento das exigências previstas no artigo 51 da Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005.

Uma vez que todos os requisitos essenciais para o requerimento da recuperação judicial tenham sido atendidos, o juiz fará então o despacho autorizando o processamento do pedido de recuperação judicial²⁸. A partir do deferimento deste requerimento, o juiz tomará as providências necessárias conforme as disposições do artigo 52 da Lei de Falências e Recuperação de Empresas.

3.4.2 Fase Deliberativa

A fase deliberativa ou concessiva da recuperação é caracterizada pela elaboração e aprovação do plano de recuperação judicial. Essa fase começa após o juiz decidir pelo processamento, lembrando que uma vez que o juiz decide pelo processamento, conforme a súmula 264 do STJ que diz ser “irrecorrível ato que manda processar concordata preventiva”, tal decisão, apesar de não terminativa e portanto de se poder crer que caberia agravo de instrumento, não admite recurso. Apesar do entendimento jurisprudencial em sentido contrário, defende Jorge Lobo que “a decisão, que manda processar a concordata, tem caráter constitutivo, produzindo seríssimos efeitos”²⁹. Ora, claro que a recorribilidade é uma garantia necessária, mas aqui se está diante de um impasse que, com justiça, mereceria a análise caso a caso (análise que nada mais é do que a recorribilidade). No entanto, o que se busca com uma legislação falimentar é justamente a regulamentação das consequências de uma falência ou via de falência de facto, neste sentido, seria de

²⁸ COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 178.

²⁹ LOBO, Jorge. **Direito Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.85

pouca valia que as decisões, e aqui fala-se em decisão de simples processamento e não da aprovação do plano, momento em que eventuais insatisfações poderão se fazer ouvir, fossem facilmente recorríveis, uma vez que isso teria sérios efeitos na celeridade do processo, celeridade que é de extrema importância quando se está tentando restabelecer a saúde financeira de uma empresa.

Outro ponto de extrema importância é a suspensão das ações individuais por um prazo improrrogável de 180 dias, são interrompidos assim os pagamentos para que se possa organizar o plano e determinar como serão feitos esses pagamentos. No entanto, nem todos os pagamentos são suspensos, há exceções previstas em lei. Como as ações ficam suspensas, suspensa fica também a prescrição e com isso todos os prazos de prescrição param onde estavam, recomeçando a partir daquele ponto.

Nessa fase é nomeado o administrador, o que em muita medida determina o sucesso do plano, pois ele estará à frente do processo que busca reorganizar a empresa e evitar sua falência. Essa pessoa deverá ser bastante hábil, a lei fala em “advogado, economista, administrador de empresas, contador ou pessoa jurídica especializada” ficam excluídos aqueles que já estiveram nessa posição e não a exerceram de forma satisfatória. O administrador é pois uma figura central no plano e tem suas funções previstas no artigo 63 da LRF, já sobre a importância do plano, elemento essencial criado também nesta fase, explica Gladston Mamede³⁰:

O plano de recuperação é o elemento mais importante da ideia de recuperação judicial da empresa. Trata-se simplesmente do projeto de superação da crise econômico-financeira enfrentada pela organização, o caminho que é proposto pelo devedor- e deverá ser aceito pelos credores, adiantando-, partindo da situação caótica, deficitária, e tendo por destino um quadro de contas saneadas, de um estado saudável da atividade negocial.

O propósito do plano de recuperação é estabelecer os parâmetros pelos quais a atividade econômica buscará superar a dificuldade econômico-financeira, conforme a LRF que, conforme supracitado, apesar de fornecer uma lista exemplificativa das possibilidades para solução da crise, deixa ao devedor tantas opções quanto permitidas em lei. Fazer um bom plano é sem dúvida um importante passo para que

³⁰ MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. Volume IV. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2009. p. 213.

se logre reerguer a empresa, no entanto, não se deve considerar que tal plano, ainda que bom, será efetivo. Na prática, o percentual de empresas que pedem recuperação judicial e recuperam-se voltando à atividade plena é muito pequeno. O prazo para a apresentação do plano de recuperação judicial é de 60 dias após o juiz ter aprovado o processamento.

Uma vez apresentado o plano, este é submetido à assembleia de credores para que deliberem e votem então pela aprovação do plano, com quórum dentro do previsto em lei, apoio ao plano com quórum que quase chega ao quórum qualificado, ou ainda a rejeição dos planos discutidos. O juiz decidirá então, conforme a decisão da assembleia de credores, o que fazer. Caso a assembleia, com quórum qualificado, tenha aprovado o plano, o juiz limitar-se-á a homologá-lo; caso a aprovação se tenha dado sem quórum qualificado, porém quase com quórum qualificado, o juiz poderá decidir conforme sua discricionariedade se aprova ou não o plano; no último caso, em que a assembleia de credores rejeitou o plano de recuperação, o juiz deverá decretar a falência da empresa. Embora o artigo 57 determine que a homologação do plano depende da apresentação de certidões de regularidade tributária, a jurisprudência tem julgado em sentido diverso³¹.

Uma vez que o juiz pronuncie a sentença homologatória, eventuais devedores insatisfeitos (é possível que o juiz decida pela homologação ainda que sem a anuência da totalidade dos credores, instituto conhecido como *cram down*, de

³¹ DIREITO EMPRESARIAL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXIGÊNCIA DE QUE A EMPRESA RECUPERANDA COMPROVE SUA REGULARIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 57 DA LEI N. 11.101/2005 (LRF) E ART. 191-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN). INOPERÂNCIA DOS MENCIONADOS DISPOSITIVOS. INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA A DISCIPLINAR O PARCELAMENTO DA DÍVIDA FISCAL E PREVIDENCIÁRIA DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

1. O art. 47 serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é "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".

2. O art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e o art. 191-A do CTN devem ser interpretados à luz das novas diretrizes traçadas pelo legislador para as dívidas tributárias, com vistas, notadamente, à previsão legal de parcelamento do crédito tributário em benefício da empresa em recuperação, que é causa de suspensão da exigibilidade do tributo, nos termos do art. 151, inciso VI, do CTN.

3. O parcelamento tributário é direito da empresa em recuperação judicial que conduza a situação de regularidade fiscal, de modo que eventual descumprimento do que dispõe o art. 57 da LRF só pode ser atribuído, ao menos imediatamente e por ora, à ausência de legislação específica que discipline o parcelamento em sede de recuperação judicial, não constituindo ônus do contribuinte, enquanto se fizer inerte o legislador, a apresentação de certidões de regularidade fiscal para que lhe seja concedida a recuperação.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1187404/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/06/2013, DJe 21/08/2013)

origem norte americana e acolhida pela LRFE) somente poderão contestá-la por meio de um agravo de instrumento.

3.4.3 Fase Executória

Na Fase de Execução dá-se cumprimento ao plano de recuperação judicial aprovado em juízo, havendo ainda a efetiva fiscalização do plano apresentado. No caso de descumprimento do plano apresentado e homologado, imediatamente será decretada a falência da empresa. É na fase executória que se poderá ver se o plano criado na fase deliberativa será eficaz no restabelecimento da saúde financeira da empresa

O fim da recuperação judicial ocorre quando, após cumpridas todas as exigências previstas no plano, o juiz formulará uma sentença decretando o encerramento da recuperação judicial, e obedecerá ao disposto no artigo 63 da Lei de Falências e Recuperação de Empresas. No entanto, o mais comum é a convolação em falência, é interessante observar que apenas 1% das empresas que entram em recuperação judicial no Brasil conseguem emergir da crise³², esse percentual nos Estado Unidos é de 30%, a razão para o insucesso, ou uma delas, é a demora excessiva em gerenciar a crise. De certo modo, o que se pode dizer é que a situação que leva a uma recuperação judicial é, não raro, a falta de gestão ou a fraude. Esse é um expediente, via de regra, adotado quando a empresa já não tem a confiança do mercado ou mesmo dos fornecedores, o que torna a efetiva recuperação quase impossível.

O capítulo seguinte deste trabalho estuda a recuperação nos Estados Unidos, economia em que o mercado tem muito mais força e em que o legislador e o judiciário, embora às vezes com algum atraso, buscam adaptar-se à realidade do mercado e não conformá-lo ao que imagina ser a realidade. No entanto, apesar de uma taxa de sucesso dezenas de vezes superior à brasileira, em números absolutos pode-se ver que mesmo lá o dinamismo da legislação e dos julgados não fez milagres e um grande número de empresas acabam por sucumbir depois de pedir a recuperação, passando ao capítulo 7 (falência).

³² ESTADÃO << <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,so-1-das-empresas-sai-da-recuperacao-judicial-no-brasil-imp-,1085558>>> Acessado em 02 de novembro de 2014.

3.4.3.1 Convolação da recuperação judicial em falência

Haverá convolação da recuperação judicial em falência se durante o seu processo ocorrerem as seguintes hipóteses, nos termos do artigo 73 da lei ora estudada: “ por deliberação da assembleia-geral de credores, na forma do art. 42 desta Lei; pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação no prazo do art. 53 desta Lei; quando houver sido rejeitado o plano de recuperação, nos termos do § 4º do art. 56 desta Lei; por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º do art. 61 desta Lei. Tal descumprimento de obrigações assumidas na plano de recuperação, no prazo de 2 anos após a concessão da recuperação judicial, fará com que o credor requeira a convolação da recuperação em falência, findo este prazo o credor poderá pedir a execução específica das obrigações dispostas no plano³³.

Conforme supracitada, a *mens legis* da Lei 11.101/2005 é justamente a preservação da empresa e de sua função social, com a consequente preservação dos empregos a ela atrelados. Neste sentido, de forma nenhuma a lei visa à convolação em falência. No entanto, é preciso ser pragmático pois essa preservação da empresa não pode ocorrer a qualquer custo, seria pouco racional que a insistência em preservá-la acabasse por criar custos processuais e prejuízos às partes ainda maiores que sua pura e simples liquidação.

3.5 Recuperação Especial – As Micro Empresas e Empresas de pequeno porte

O artigo 70 da LRFE prevê especificidades em relação ao processo de recuperação judicial de micro e pequenas, empresas. Para aferir se uma empresa é micro ou pequena o faturamento anual é o principal parâmetro, até 360 mil reais anuais, a empresa é uma micro empresa, de 360 mil a 3,6 milhões de reais, a empresa é uma

³³ COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 208.

empresa de pequeno porte. Essas empresas contam com um sistema mais simples de recuperação judicial, contanto que atendidos os requisitos do artigo 48 da LRFE, no entanto, apenas os credores quirografários estarão cobertos, há ainda maior rigidez formal, devendo o devedor se conformar ao previsto em lei. Seria desarrazoado pedir que a micro empresa e a empresa de pequeno porte se submetessem ao processo tradicional de recuperação, sem dúvida nenhuma complicado demais para as limitadas possibilidades dessas empresas, além do que, obviamente, tal procedimento seria inócuo pois não haveria interesse da parte dos credores em passar por trâmites complicados para receber valores que não justificariam o esforço.

A proteção à micro e à empresa de pequeno porte é de grande importância para a economia, uma vez que essas empresas respondem por 27% do PIB, 52% dos empregos formais e 40% da massa salarial³⁴. No entanto, ainda é bastante incomum que micro empresas e empresas de pequeno porte peçam recuperação judicial no Brasil. É certo que a LRFE prevê essa possibilidade, em mais uma espécie adotada no *Chapter 11*, que prevê condições especiais para o pequeno negócio, mas a cultura de pedir a *reorganization* lá se estende mesmo à pessoa física, portanto tal possibilidade é mais explorada, além do que é a única forma de reabilitação no caso de insolvência.

3.6 Recuperação Extrajudicial

Essa é uma das grandes mudanças da LRFE em relação à concordata. Na concordata, o fato de procurar credores com o intuito de negociar dívidas era considerado ato de falência, tal negociação tampouco era válida e homologada pelo juízo. A LRFE abriu a possibilidade de que fossem feitas negociações diretamente com os credores e, obtendo o acordo deles, o plano seria válido e poderia ser levado à homologação judicial, o que significa uma grande economia processual em relação à opção judicial. Vale ainda ressaltar que mesmo que alguns poucos credores

³⁴ SEBRAE < <http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/mt/noticias/Micro-e-pequenas-empresas-geram-27%25-do-PIB-do-Brasil>> Acesso em 05 de novembro de 2014.

recusem o plano de recuperação extrajudicial, seus efeitos serão estendidos a tais devedores, ainda que não queiram, e será feita a homologação. Os requisitos que o devedor deve atender para estar habilitado a pleitear tal negociação são os mesmos previstos para o caso em que pedisse a recuperação judicial. A recuperação extrajudicial, apesar de ser processualmente mais fácil, sobretudo se houver adesão da totalidade de credores, não se pode confundir com uma simples “negociação”, uma vez que deve conformar-se a requisitos como o não pagamento antecipado de dívidas, a paridade de tratamento dos credores, a limitação aos créditos constituídos até a data do pedido de homologação, a não alienação de bem gravado ou supressão ou substituição de garantia real sem a expressa anuência do credor garantido e ainda o não afastamento da variação cambial nos créditos em moeda estrangeira sem o consentimento do respectivo credor.

Conforme dito acima, nos casos em que não houver a anuência da totalidade dos credores, a homologação será obrigatória; do contrário, se houver a anuência de todos os credores a homologação será facultativa. Há classes de credores que ficam no entanto excluídas da recuperação extrajudicial como³⁵ “titulares de créditos derivados da relação empregatícia ou de acidente de trabalho; credor tributário; proprietário fiduciário, arrendador mercantil, vendedor ou promitente vendedor de imóvel por contrato irrevogável e vendedor titular de reserva de domínio; instituição financeira credora por adiantamento ao exportador (ACC)”

³⁵ COELHO, Fabio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.443.

4. A LEI DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS

O princípio da função social foi adotado na Lei de Falências e Recuperação Judicial de Empresas brasileira, conforme já estudado, e essa mesma prerrogativa também é obedecida na Lei falimentar americana³⁶:

O novo instituto norte-americano está inspirado em elevados propósitos socioeconômicos, pois a insolvência da grande empresa – e se aplica apenas às sociedades anônimas -, pode afetar a estabilidade econômica da região em que opera. Visa, pois, primordialmente ao interesse público, ao invés do interesse dos credores quirografários...

No entanto, apesar de a LRFE ter sido inspirada em grande medida pela Lei Americana de 1978, há importantes diferenças entre as duas leis, diferenças sem dúvida condicionadas pelas diferentes realidades, sobretudo de mercado, entre os dois países. Note-se, por exemplo, que somente 1% das empresas brasileiras que pedem recuperação judicial emergem da recuperação, ao passo que em média 30% das empresas americanas que aplicam para o Capítulo 11 conseguem retornar à atividade. As peculiaridades da Lei de Falência dos Estados Unidos serão abordadas a seguir.

4.1 EVOLUÇÃO DA LEI FALIMENTAR AMERICANA

Desde 1801 o processo falimentar é regido por lei federal, cabendo ao congresso legislar sobre a matéria³⁷ e, portanto, válida em todo o território americano. Durante o século XIX os Estados Unidos tiveram diversas leis regulando a matéria de falência, vale lembrar que, neste século houve grande desenvolvimento econômico nos Estados Unidos, mas o outro lado do livre mercado era um grande

³⁶ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 13.

³⁷ SKEEL, David A. **Debt's Dominion: A History of Bankruptcy Law in America**. Princeton University Press, 2001

número de empreendimentos que davam errado, e neste sentido Scott A. Sandage³⁸ fala do “outro século XIX”, e somente em 1898 surgiu uma legislação moderna sobre a matéria, o chamado *Nelson Act*, a atual lei vigente, o *Bankruptcy Code*, ou Código de Falência entrou em vigor em 01 de outubro de 1978. Embora a lei seja federal, existem particularidades que variam de estado para estado, e estão relacionadas à cultura de cada local; o Estado do Texas, por exemplo, protege as armas do devedor, de modo que não participam da massa.

A legislação de recuperação e falência de 1978 trouxe consigo avanços em relação ao diploma anterior, sobre eles, o autor Paulo Sergio Restiffe cita em sua obra Jorge Lobo, esclarecendo alguns dos avanços trazidos pela nova legislação falimentar americana³⁹:

Jorge Lobo (98, p.26) destaca alguns pontos importantes acerca da legislação falimentar norte-americana: supressão dos atos de bancarrota; transformação dos antigos referees in bankruptcy, que eram juízes auxiliares, em juízes monocráticos responsáveis pelo procedimento; eleição do síndico pelos credores; nomeação do agente fiduciário pelo procurador-geral; e ênfase à reorganização da empresa.

A partir de uma análise da Lei de Falência de 1978⁴⁰, destacam-se os capítulos mais importantes:

Capítulo 7 - Liquidação: Este capítulo é o que trata da falência propriamente dita, isto é, a liquidação da empresa, com a indicação de um curador para reunir o patrimônio existente disponível e distribuí-lo entre os credores, encerrando as atividades do devedor. Na convolação em falência nos Estados Unidos, o que se está dizendo é que o devedor “passou para o capítulo 7”, isto é para a liquidação.

Capítulo 9: Reorganização para municípios: Este capítulo destina-se àqueles municípios que se encontram insolventes e precisam de um plano de reorganização para ajustar suas finanças, aqui trata-se de um caso de recuperação, e não de

³⁸ SANDAGE, Scott A. **Born Losers: A History of Failure in America**. Harvard University Press, 2005.

³⁹ RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de Empresas: de acordo com a lei 11.101, de 09-02-2005** São Paulo: Manole, 2008. p. 25.

⁴⁰ US COURTS. **Cortes dos Estados Unidos**. Disponível em: www.uscourts.gov/FederalCourts/Bankruptcy/BankruptcyBasics/ Acesso em 19 outubro 2014.

liquidação, pois um município evidentemente não pode cessar sua existência. Um exemplo deste tipo de caso foi a falência da cidade de Detroit, em Michigan, em 2013.

Capítulo 11: Este capítulo contempla a reorganização dos negócios com o fim de preservá-los e pagar os credores, instituto que se assemelha à recuperação judicial no direito pátrio. Temos nesse capítulo a figura do *debtor in possession*, isto é, do devedor que permanece no controle dos negócios.

A seguir, será tratado em maiores detalhes o capítulo 11 da Lei falimentar americana, a qual muito se assemelha ao instituto da recuperação judicial brasileira, observando-se que a comparação entre este instituto nos dois países é o objeto desse estudo.

Capítulo 12: Este capítulo igualmente trata de recuperação (*reorganization*), no entanto é reservado a fazendeiros e pescadores sob determinadas condições.

Capítulo 13: Tal qual o capítulo 11 e 12, o capítulo 13 trata da recuperação (*reorganization*), no entanto para pessoa física, com dívidas até determinado valor, pois é muito mais simples do que o capítulo 11, que apesar de admitir pessoa física tem um processo pouco viável para estes casos.

Há ainda os capítulos 1, 3 e 5, porém estes ocupam-se de questões formais, como as regras de interpretação e modos de aplicação, no caso do capítulo 1; a instauração de ações, as partes envolvidas e a administração judicial, no caso do Capítulo 3; e as atribuições e direitos dos credores no Capítulo 5. No entanto, o foco deste trabalho será o Capítulo 11, isto é, a recuperação judicial de sociedade empresária, de modo a permitir a comparação com o instituto no Brasil, por tratar do mesmo tema. Será feita uma breve incursão pelos capítulos 9 e 13, uma vez que, apesar de não existirem leis semelhantes no Brasil, são de grande interesse pois suscitam a discussão sobre possíveis expedientes futuros semelhantes em nossa lei.

De acordo com Fazzio Junior, foram os norte americanos os primeiros a se atentarem para a importância da manutenção da empresa. Dessa forma, “em 1867, nos Estados Unidos, surgiu o primeiro procedimento de recuperação empresarial, a

chamada Lei de Companhias Ferroviárias⁴¹”. Estudamos abaixo o Capítulo 11, do Artigo 11 do *U.S. Code*, que trata da recuperação de empresas, para depois analisarmos brevemente os capítulos 9 e 13, que pelos motivos supracitados, também são de interesse neste trabalho.

4.2 O CAPÍTULO 11 DA LEI FALIMENTAR AMERICANA

O Capítulo 11 do Código de Falência (*Bankruptcy Code*) trata a recuperação judicial, e é por meio deste dispositivo legal que o devedor propõe a elaboração de um plano (tal como ocorre no Brasil), no intuito de tentar salvar seu negócio e quitar as dívidas.

Um pedido de recuperação nos termos do Capítulo 11 do Código de Falência dos Estados Unidos é frequentemente chamado de "*reorganization*" *bankruptcy*, isto é, destina-se a reorganizar a empresa (ainda que admita indivíduos) em dificuldade, de modo semelhante ao que ocorre no Brasil. Não se pode fazer um pedido de recuperação judicial sob o capítulo 11 ou qualquer outro capítulo do código americano de falências se nos 180 anteriores ao pedido houver recusa de um pedido de falência que resulte de falha do devedor em comparecer ao tribunal ou em atender as ordens do tribunal, vale lembrar que o processo destina-se aos credores quirografários, os credores com garantia podem simplesmente executar. 11 U.S.C. §§ 109(g), 362(d)-(e). Deve-se ainda, antes de fazer o pedido de recuperação, ter passado por uma consultoria de crédito dentro dos 180 dias que precedem o pedido de recuperação. 11 U.S.C. §§ 109, 111. Há no entanto exceções em situações de emergência ou quando o *U.S. trustee* (ou administrador da falência, sendo este o caso em somente dois estados) determinar que não há agências em número suficiente para fornecer consultoria. Caso um plano de gestão de dívida seja desenvolvido durante a consultoria de crédito, este plano deverá ser protocolado no

⁴¹FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. 4. ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2008. p. 11.

tribunal, conforme segue⁴²

O pedido de recuperação começa com um protocolo junto ao tribunal de falência da área em que o devedor tem domicílio ou residência. O pedido pode ser um pedido voluntário, protocolado pelo próprio devedor, ou um pedido involuntário, feito por credores que preenchem determinados requisitos. 11 U.S.C. §§ 301, 303. Um pedido voluntário deve conformar-se ao formato do Formulário 1 dos Formulários Oficiais exigidos pela Conferência Judicial dos Estados Unidos. A menos que de outro modo autorizado pelo tribunal, o devedor deve ainda protocolar no tribunal: (1) registros de ativos e passivos; (2) um programa das atuais receitas e despesas; (3) um programa de contratos executórios e arrendamentos ainda em curso; e (4) um balanço financeiro. Fed. R. Bankr. P. 1007(b). Se o devedor for pessoa física (ou marido e esposa), há outros documentos necessários. Esses devedores deverão protocolar um certificado de consultoria de crédito, bem como a cópia de qualquer plano de pagamento resultante de tal consultoria de crédito; recibos de pagamentos de salário, se houver, recebidos até 60 dias antes do pedido; uma declaração de rendimentos mensais líquidos e de qualquer aumento de receita ou despesa previsto após o pedido ter sido feito; e ainda um registro de qualquer participação que o devedor tenha em contas federais ou estaduais para educação e matrícula. Um casal pode fazer um pedido conjunto ou pedidos individuais. 11 U.S.C. § 302 (a).

Os tribunais devem cobrar uma taxa de apresentação do pedido no valor de \$1,167 e uma taxa por serviços administrativos diversos no valor de \$550. As taxas devem ser pagas ao secretário do tribunal na apresentação do pedido ou, com a permissão do tribunal, poderão ser pagas em prestações. 28 U.S.C. § 1930(a); Fed. R. Bankr. P. 1006 (b); Programa de Taxas Diversas do Tribunal de Falências, Artigo 8. Fed. R. Bankr. P. 1006(b) limita a quatro o número de prestações para a taxa de apresentação do pedido. A última prestação deve ser paga até 120 dias após o apresentação do pedido. O tribunal poderá estender o prazo de qualquer prestação, contanto que a última prestação seja paga em até 180 dias após a apresentação do pedido. Fed. R. Bankr. P. 1006(b). A taxa administrativa de \$550 pode ser paga em prestações, tal como a taxa de apresentação do pedido. Se for feito um pedido conjunto, apenas uma taxa de apresentação do pedido e uma taxa administrativa serão cobradas. Os devedores devem estar cientes de que o não pagamento de tais taxas pode levar ao arquivamento do caso. 11 U.S.C. § 1112(b)(10).

O pedido voluntário deverá incluir informações como o nome do devedor, o número de seguro social ou de identificação fiscal, residência, localização dos principais ativos (se empresa), o plano do devedor ou sua intenção de apresentar um plano, e um pedido de concessão de prazo nos termos do devido capítulo do Código de Falência. Ao fazer um pedido voluntário de recuperação nos termos do capítulo 11 ou, se involuntário, ao fazer o pedido de concessão de prazo, o devedor automaticamente assume a identidade de "*debtor in possession*". 11 U.S.C. § 1101. O termo refere-se a um devedor que mantém a posse e controle de seus ativos durante a reorganização realizada sob o capítulo 11, sem a indicação de um curador para o caso. Um devedor permanecerá um *debtor in possession* até que o plano de reorganização seja confirmado, o caso do devedor seja arquivado ou convertido para o capítulo 7 (falência), ou até que um curador para o

⁴² US COURTS. **Cortes dos Estados Unidos**. Disponível em:

<www.uscourts.gov/FederalCourts/Bankruptcy/BankruptcyBasics/Chapter11.aspx> Acesso em 19 outubro 2014.

capítulo 11 seja indicado. A nomeação ou a eleição de um curador somente ocorre em um pequeno número de casos. De forma geral, o devedor, como "*debtor in possession*", opera o negócio e realiza muitas das funções realizadas pelo curador em casos sob os demais capítulos. 11 U.S.C. § 1107(a).

Normalmente, uma declaração de contas por escrito e um plano de reorganização devem ser apresentados ao tribunal. 11 U.S.C. §§ 1121, 1125. A declaração de contas é um documento contendo informações sobre os ativos, passivos e relações comerciais do devedor suficientes para que o credor esteja bem informado para fazer uma avaliação sobre o plano de reorganização do devedor. 11 U.S.C. § 1125. As informações necessárias são definidas pela justiça e pelas circunstâncias do caso. Em um "caso de pequena empresa", o devedor pode não precisar apresentar uma declaração de contas em separado se o tribunal determinar que há informações suficientes no plano. 11 U.S.C. § 1125 (f). Os índices do plano devem incluir uma classificação das reivindicações e devem especificar como cada classe de reivindicações será tratada sob o plano. 11 U.S.C. § 1123. Os credores que terão seus recebíveis prejudicados, ou seja, aqueles que terão direitos contratuais modificados ou que receberão menos do que o valor completo de seus recebíveis sob o plano, devem votar o plano. 11 U.S.C. § 1126. Após a declaração ter sido aprovada pelo tribunal e os votos terem sido recolhidos e contados, o tribunal realiza uma audiência de confirmação para decidir se confirma o plano. 11 U.S.C. § 1128.

No caso de pessoa física, o capítulo 11 é em alguns pontos similar ao capítulo 13. As propriedades do devedor pessoa física incluem os rendimentos do devedor, bem como propriedades adquiridas desde que o pedido é feito até que o caso seja encerrado, recusado ou convertido; o financiamento do plano poderá ser feito com ganhos futuros do devedor; e o plano não pode ser confirmado com a objeção de um credor sem comprometer toda a renda disponível do devedor pelos próximos cinco anos a menos que a totalidade do valor reclamado seja paga, com juros, em menor prazo. 11 U.S.C. §§ 1115, 1123(a)(8), 1129(a)(15).

O capítulo 11 é utilizado para reorganizar uma empresa, propriedade ou sociedade, mantendo o devedor na administração dos negócios, uma vez que o devedor é quem melhor conhece a empresa e portanto é a pessoa com maior chance de obter sucesso no planejamento e execução do plano. A reorganização permite à empresa a dilação dos prazos de pagamento, de modo que possa tentar reerguer a empresa. Nesse sentido⁴³:

Pela reorganização, permite-se ao devedor continuar em seus negócios, de modo a reestruturar-se e buscar a reabilitação; e os pagamentos são realizados de acordo com um plano, de regra apresentado pelo devedor, aprovado pelos credores e homologado judicialmente.

⁴³ RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de Empresas: de acordo com a lei 11.101, de 09-02-2005** São Paulo: Manole, 2008. p. 25.

4.2.1 Os Legitimados para fazer o pedido

A semelhança do capítulo 11 em relação à Lei 11.101 de 2005, é que o pedido de recuperação pode ser feito de maneira voluntária pelo devedor, ou de forma involuntária pelos credores. O pedido deverá ser feito ao tribunal de falência da área de residência ou domicílio do devedor. Conforme dito acima, o devedor é um dos legitimados e, no caso americano, a parte que normalmente faz o pedido de recuperação ou falência. Vale dizer que nos Estados Unidos, mesmo nos casos de pessoa física, esse é o modo de reabilitação, portanto interessa ao devedor pedir a *reorganization* ao notar a vinda insolvência em seu negócio. O pedido pode ainda ser feito por credores que atendam determinados requisitos (11 U.S.C. §§ 301, 303.), porém isso é mais raro nos Estados Unidos. Ao fazer o pedido voluntário o devedor deverá preencher o Formulário 1, conforme exigência da Conferência Judicial dos Estados Unidos, a menos que de outra forma autorizado pelo tribunal. O pedido voluntário deverá incluir informações como o nome do devedor, o número de seguro social ou de identificação fiscal, residência, localização dos principais ativos, o plano do devedor ou sua intenção de apresentar um plano, e um pedido de concessão de prazo nos termos do devido capítulo do Código de Falência. Ao fazer o pedido de recuperação judicial, seja ele voluntário ou involuntário, o devedor passa então, salvo hipótese de fraude, a “*debtor in possession*”, o que permite ao devedor seguir na administração do negócio. 11 U.S.C. § 1101).

4.2.2 O Debtor in Possession

O *debtor in possession*, isto é, o devedor que permanece na administração do negócio, é uma das figuras centrais em um processo de recuperação nos Estados Unidos. Apesar de se poder pensar que a mesma pessoa que teoricamente levou a empresa àquela situação seria pouco adequada para resolver essa situação. No entanto, fato é que na prática o devedor é o mais qualificado para resolver a situação, pois ele conhece o negócio, suas particularidades e idiossincrasias. Por isso entendeu-se que um interventor não seria a melhor solução, salvo obviamente nos casos de fraude. Isso é especialmente verdade em negócios de alta complexidade que dependam da expertise do devedor, ou ainda em negócios em que o relacionamento dos clientes com a gerência é de fundamental importância.

Não raro, devedores com altíssima especialização em determinado segmento são maus administradores, o que quer dizer que apesar de terem levado o negócio à crise e talvez de não ter a capacidade gerencial para reerguer o negócio a atividade seria inviável sem ele, por carecer do conhecimento técnico necessário. Para essa hipótese, conforme se tem visto na jurisprudência americana, admite-se que haja um *trustee*, no entanto o devedor permanece no negócio.

O *debtor in possession* possui as seguintes funções⁴⁴:

A Seção 1107 do Código de Falência coloca o *Debtor in possession* na condição de *trustee*, com os direitos e poderes de um *trustee* no capítulo 11, exigindo que o devedor cumpra todas as funções, exceto as investigativas, e deveres de um *trustee*. Tais deveres, listados no Código de Falência e nas Leis Federais de Procedimentos para Falência, incluem responder pela propriedade, analisar e apresentar objeção a reivindicações e publicar relatórios de informações conforme exigido pelo tribunal, pelo *U.S. trustee* ou pelo administrador da recuperação, como por exemplo, os relatórios mensais. O *debtor in possession* tem ainda muitos dos demais poderes e deveres de um *trustee*, incluindo o direito, com a aprovação do tribunal, de contratar advogados, contadores, avaliadores, leiloeiros ou outros profissionais para darem assistência ao devedor durante o caso de falência. Há ainda outras responsabilidades, como fazer as declarações de impostos e os relatórios necessários ou exigidos pelo tribunal após a confirmação, como por exemplo um balanço final.

No entanto, se houver fraude, o devedor não poderá permanecer na gestão e será nomeado pelo *U.S. trustee* ou o administrador de falência um *trustee* para administrar a recuperação. O negócio no entanto segue, o que assinala a clara distinção entre o negócio e a pessoa do devedor, sinalizando a vontade de preservação da empresa. Um exemplo contemplado neste trabalho é o pedido de recuperação da Enron. Da mesma forma que ocorre na Lei brasileira, caso um *debtor in possession* descumpra os requisitos de relatórios do *U.S. trustee*, ou as ordens do Tribunal de Falência, ou descumpra as medidas necessárias para confirmar o caso, o administrador pode apresentar um recurso ao tribunal solicitando a convolação da recuperação judicial em falência; na lei americana, tal pedido seria um pedido de conversão do capítulo 11 em capítulo 7.

⁴⁴ US COURTS. Cortes dos Estados Unidos. Disponível em: <[www.uscourts.gov/FederalCourts/Bankruptcy/BankruptcyBasics/Chapter 11.aspx](http://www.uscourts.gov/FederalCourts/Bankruptcy/BankruptcyBasics/Chapter%2011.aspx)> Acesso em 19 outubro 2014.

4.2.3 O U.S. Trustee

Geralmente os processos de falência e recuperação judicial são acompanhados pelo *U.S. Trustee*, uma espécie de administrador judicial indicado e supervisionado pelo Procurador Geral dos Estados Unidos, nos Estados da Carolina do Norte e Alabama, o papel é desempenhado pelo “*bankruptcy administrator*”, que realiza essencialmente as mesmas tarefas. Segundo o capítulo 11 ora estudado, o *U.S. trustee* é responsável por monitorar o cumprimento por parte do *Debtor in possession* dos requisitos, o que inclui o monitoramento do plano e dos relatórios a serem feitos. O *U.S. Trustee* realiza ainda uma reunião de credores, chamada de reunião da seção 341, podendo questionar o devedor, juntamente com os credores, quanto aos atos, conduta e administração do negócio. A tarefa do *U.S. Trustee* é portanto essencialmente fiscalizatória. O *U.S. Trustee* recebe do devedor uma taxa trimestral que pode variar de USD 325 a USD 30,000. O programa *U.S. Trustee* é administrado pelo Departamento de Justiça, enquanto o *bankruptcy administrator* é administrado pela Administração dos Tribunais dos Estados Unidos. No entanto essa distinção não é de grande relevância neste trabalho, vez que a atuação do *U.S. Trustee* e do *Bankruptcy Administrator* é muito semelhante.

4.2.4 O Comitê de Credores

Outra semelhança com a Lei de Falências e Recuperação de Empresas vigente no Brasil, é o fato de nos Estados Unidos também existirem os comitês de credores. De acordo com o Código Falimentar americano, o comitê é indicado pelo *U.S. trustee* e normalmente é composto dos credores quirografários que detêm os sete maiores créditos sem garantia contra o devedor.”

Ainda, segundo a mesma lei (11 U.S.C. § 1102), o comitê verifica junto ao *debtor in possession* o andamento da administração do caso e a operação do negócio, auxiliando na elaboração do plano. O comitê pode ainda, se autorizado pelo tribunal, contratar advogados e outros profissionais para auxiliar no desempenho das atribuições do comitê. O comitê é de fundamental importância na gestão adequada por parte do *debtor in possession*, pois há um grande interesse do

comitê de credores de que o negócio se restabeleça e seus créditos sejam pagos na integralidade. Há ainda, na Lei Americana, a possibilidade de nomeação de múltiplos comitês com o fim de atender as diversas classes de credores.

4.2.5 A proteção dos pequenos negócios

A exemplo do que ocorre na lei brasileira na modalidade de recuperação especial, há nos Estados Unidos regras especiais para a recuperação de pequenos negócios. O capítulo 11 é o diploma sob o qual são feitos os mais diversos pedidos de falência, inclusive os de pessoa física (embora o mais comum no caso de pessoa física seja o capítulo 13, mais simples), cada caso tendo suas peculiaridades. Portanto, o legislador americano considerou a diferente realidade de um pequeno negócio e a inviabilidade de um processo tal qual o realizado para grandes empresas. Devemos ter em conta que nos Estados Unidos, como no Brasil, os pequenos negócios respondem por parte significativa do emprego e renda, e não se poderia esquecer esses negócios.

Muitas vezes em casos de recuperação ou falência de pequenos negócios não há por parte dos credores interesse em formar um comitê de credores, ou ainda que tal comitê exista formalmente, ele pode não estar de fato envolvido no processo com o mesmo interesse em que estaria em um caso envolvendo dívidas de maior monta. Em primeiro lugar devemos analisar os critérios objetivos para que possamos definir o que é um negócio de pequeno porte. O 11 U.S.C. § 101(51C) define como negócio de pequeno porte aquele em que o devedor possui dívidas de até USD 2.490.925, além disso é necessário que não tenha havido indicação de um comitê de credores por parte do *U.S. Trustee*, ou, apesar de haver tal indicação, o tribunal ter determinado que o comitê é insuficientemente ativo e representativo para supervisionar o devedor, conforme previsto em 11 U.S.C. § 101(51D). Devemos ainda ter em conta que o *debtor in possession* deve, entre outras coisas, anexar os balanços mais recentes, operações, fluxos de caixa e as últimas declarações de imposto de renda, tendo ainda a opção de fazer uma declaração explicando a ausência desses documentos, o que evidentemente significa um ônus extra, devendo comparecer ao tribunal e à reunião com o *U.S. trustee*. Ao contrário dos demais devedores do capítulo 11, a pequena empresa devedora está sujeita à

supervisão extra por parte do *U.S. trustee*, o processo é portanto mais vigiado. Embora sejam incomuns no Brasil os pedidos de recuperação judicial para pequenos negócios, nos Estados Unidos é bastante comum, vez que, como já dito, essa é a única forma de reabilitação.

4.2.6 O Plano de Recuperação

Ora, o processo de recuperação judicial nos Estados Unidos também será elaborado a partir de um plano, assim como ocorre no Brasil, cumprindo ressaltar que da mesma forma, deve obedecer algumas exigências formais, as quais estão expressamente estabelecidas no capítulo 11 da Lei ora estudada. Na Lei Americana, o devedor (a menos que seja um devedor de empresa de pequeno porte) tem um prazo de 120 dias, durante esse período o devedor é o único legitimado para apresentar um plano conforme disposto em 11 U.S.C. § 1121(b)). Este prazo de exclusividade pode ser prorrogado ou reduzido pelo tribunal. No entanto, em nenhum caso este prazo poderá ser maior que 18 meses (11 U.S.C. § 1121(d)). Esse prazo exclusivo é de fundamental importância para o devedor, pois ele tem grande poder de negociação junto aos credores, no entanto evidentemente será necessária a preparação de um plano satisfatório a fim de obter a aprovação dos credores. Vale lembrar que em um processo de recuperação o tempo é um elemento crítico e o quanto antes o devedor e os credores chegarem a um termo sobre o plano e obtiverem sua homologação, melhor será para a empresa, que poderá dar continuidade a seus negócios. Após o vencimento do período de exclusividade, o credor ou o curador do caso podem apresentar um plano concorrente. O *U.S. trustee* não pode apresentar um plano (11 U.S.C. § 307).

Uma vez que se chegue a um plano e este seja apresentado o juiz emitirá um *disclosure statement*, isto é, informará os credores do plano detalhadamente permitindo a apreciação do plano pelo devedor e submetendo-o à aprovação. Cumpre ressaltar que o juízo tem como impor o plano apesar da discordância de determinados credores, mecanismo conhecido como *cram down* e com figura análoga no Direito Brasileiro. No entanto não interessa aos credores que o processo descambe para essa via, assim o que ocorre via de regra é a negociação prévia e não raro quando o plano é apresentado sua aceitação pelos credores já é pacífica,

no entanto ainda que haja aceitação unânime o juízo tem o direito de recusar o plano.

Uma vez votado o plano, o juízo decidirá pela sua homologação ou recusa. Tal plano, nas palavras de C.J.TABB⁴⁵, deve ser possível e no melhor interesse dos credores. Essa avaliação de viabilidade do plano é particularmente difícil para o juízo, pois se o plano apresentado e aprovado em votação pelos credores for flagrantemente inviável o juiz pode simplesmente pedir a convolação em falência, na prática é incomum que isso aconteça pois o juízo não possui os elementos técnicos necessários para avaliar com acuidade a viabilidade de um plano e, dentro do princípio de preservação da empresa também vigente nos Estados Unidos, a opção é normalmente pela tentativa de reerguimento, ainda que pouco provável.

4.2.7 Fresh Start

As leis americanas de falência recuperação foram concebidas de modo a dar ao devedor um “*fresh start*”, isto é, uma possibilidade de recomeço, de retomada de suas atividades. Nas palavras de Paulo Toledo “O *fresh start* corresponde a um dos propósitos do *Bankruptcy Code*, segundo enfatiza a Doutrina, e é em parte facilitado pelas *exemptions* e pela *discharge*”, isto é, o *fresh start* é o objetivo do processo, a ideia é que o devedor deixe a situação de insolvência e retorne ao mercado, o que é benéfico para a economia. O objetivo do legislador foi portanto proporcionar ao devedor um novo começo, em decisão da Suprema Corte de 1934 (*Local Loan Co. v. Hunt*, 292 U.S. 234, 244 (1934)) temos:

[I]t gives to the honest but unfortunate debtor...a new opportunity in life and a clear field for future effort, unhampered by the pressure and discouragement of preexisting debt.

Do que se fica clara a intenção de afastar do devedor o fardo das dívidas pré-existentes.

O Fresh Start é regulado no capítulo 7, e tem por fim, como já dito, um novo início para o devedor, liberado de suas dívidas. Porém, mais uma vez, a realidade se mostra distante do objetivo do instituto, no caso de pessoa física, um ano após o

⁴⁵ TABB, Charles Jordan. The Law of Bankruptcy. Westbury, The foundation Press, 1997, p. 78.

fresh start, 1 em cada 4 tinha dificuldades em pagar contas essenciais e 3 em cada 4 revelaram estar em pior situação do que antes do processo⁴⁶.

4.2.8 Cram Down

O *cram down* é o mecanismo pelo qual se pode, na legislação americana, ter uma decisão da corte de falências, aprovando ou rejeitando o plano de recuperação judicial ainda que sem o consentimento de todos os credores. Deve o plano para tanto atender aos requisitos para a aplicação de tal dispositivo, isto é, deve ser “justo e equitativo” e “não causar discriminação injusta”. Sheila CERZETTI busca determinar o que seria “justo e equitativo” nas seguintes palavras:

Isso significa que a análise da justiça e da equitatividade do plano com relação à classe dissidente é explorada tendo em vista se as classes a ela superiores receberão, de acordo com a proposta, mais do que o devido e se as classes a ela inferiores receberão qualquer quantia antes que todo crédito abrangido pelo grupo dissidente seja integralmente quitado⁴⁷

Portanto, deve ser guardado uma proporcionalidade, pois o *cram down* destina-se tão somente a evitar que a minoria frustrasse um potencial plano de recuperação, não a criar privilégios. Há no entanto uma discussão sobre a adequação desse mecanismo, pois em alguns casos estaria em evidente desacordo com o princípio da igualdade entre os credores. Na realidade, tal arranjo acaba viabilizando “compras de apoio”, deixando desassistida a minoria, vale dizer que no caso brasileiro essa minoria pode equivaler a 49,9%. Essa minoria estaria então obrigada a curvar-se diante da decisão da maioria, homologada pelo tribunal, nem sempre o plano de recuperação é razoável, foi mencionado que há uma grande diferença no desconto concedido nos casos dos Estados Unidos e do Brasil, com descontos muito maiores nos casos de recuperação no Brasil, descontos que não raro chegam a 60%; ora, é flagrante que isso pode não ser de interesse de muitos credores.

⁴⁶ Porter, Katherine and Deborah Thorne. 2006. “The Failure of Bankruptcy’s Fresh Start.” *Cornell Law Review* 92:67-127

⁴⁷ CERZETTI, Sheila Cristina Neder. **O papel dos credores no Bankruptcy Code**. RDM 151/152 (jan./dez.-2009), São Paulo: Malheiros, p.179

Vale lembrar o texto da lei 11.101 de 2005, em seu § 1.º do art. 58 diz que "o juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembleia, tenha obtido, de forma cumulativa: I o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes; II a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas; III na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1.º e 2.º do art. 45 desta Lei." A regra é complementada pelo § 2.º: "A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1.º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado."

O discurso principal desse dispositivo é a preservação da empresa, mesmo que em detrimento da vontade de alguns credores. No entanto, conforme demonstrado acima, pode ser utilizado de forma escusa e de maneira a prejudicar determinadas classes de credores. O entendimento de *cram down* no direito norte-americano é de que deve ser "justo e equitativo para as partes envolvidas", mais uma vez não se vê qualquer discurso de linha social, mas antes de interesse das "partes".

O *cram down* no direito americano foi largamente utilizado durante a crise imobiliária de 2008, em que as hipotecas não podiam mais ser pagas e os tribunais "forçaram" a renegociação em uma tentativa de evitar um problema social de larga escala. Aqui, sem dúvida, pode-se falar em interesse social, mas note-se que estamos falando de pessoa física, a que se aplica o capítulo 11 e 13 e, sobretudo, com referência a uma situação de evidente comoção social. Embora normalmente utilizado em um contexto corporativo, o *cram down* ganhou novo significado após a crise imobiliária de 2008. Essa situação teve que ser tratada de modo diferente pelos tribunais devido ao evidente risco social de tomar as residências primárias de um grande número de pessoas, a política americana de promoção da casa própria data do *National Housing Act* de 1934 e a crise de 2008 colocava em risco mais de 70 anos de atuação no sentido da aquisição da casa própria. É interessante observar que tal proteção da residência primária já foi prevista pelo congresso na lei de 1978, época de grande estagflação nos Estados Unidos.

A lei de falências brasileira de 2005 assimilou esse mecanismo americano de decisão de aprovação do plano de recuperação sem a necessidade de aprovação do plano pela totalidade dos credores, o que tanto aqui como lá garante a viabilidade de um plano mesmo em detrimento do interesse de determinados credores, o que é razoável, pois de outro modo uma minoria poderia, por qualquer interesse, vetar o plano e inviabilizar a recuperação. No entanto, se observarmos o artigo 58 da LRF, notaremos que há uma grande diferença entre o modo com o *cram down* é utilizado no Brasil e nos Estados Unidos. A liberdade do juiz brasileiro é consideravelmente menor, pois este fica sujeito à aprovação da maioria, ficando ainda sujeito à aprovação de ao menos 1/3 de uma eventual classe dissidente. Há um excesso de requisitos formais para que se possa de fato impor o plano aos credores. Nos Estados Unidos, o credor deve “engolir” (*cram down*) o plano imposto pelo juízo. Evidentemente, em um país que prima pela liberdade de mercado esse é um mecanismo extremo e usado somente quando imprescindível, mas o expediente está lá e pode ser usado sem grandes formalidades pelo juízo. Devemos no entanto atentar para determinadas particularidades dos sistemas, nos Estados Unidos, sob o *Common Law*, o direito é fortemente jurisprudencial e o próprio funcionamento da justiça depende de certa liberdade dos juízes, não raro com consequências desastrosas, como em matéria penal. Já no Brasil, sob um sistema codificado, é natural que haja uma previsão positiva para o que pode ou não ser feito pelo juiz.

4.2.9 Automatic Stay - A suspensão das ações individuais

De forma semelhante ao Brasil, onde existe a suspensão das obrigações no momento em que é aceito o pedido de recuperação no tribunal, há nos Estados Unidos a chamada *automatic stay*, isto é, uma suspensão das obrigações do devedor que passam então a ser reorganizadas e avaliadas em conjunto pela Corte de Falência e pelo comitê de credores, a suspensão atinge também as ações em curso. Isso é feito no intuito de dar ao credor condições de discutir sua situação e negociar com os credores, é uma espécie de “respiro” para que o credor possa se restabelecer. Assim que o pedido de recuperação é feito ocorre a suspensão das

ações dos credores, no entanto, o pedido de recuperação não cobre todos os tipos de ação, há determinados casos, elencados em 11 U.S.C. § 362(b) em que não há a suspensão dos créditos.

Segundo Carlos Roberto CLARO:

A preferência pelo processo de reorganização judicial reside justamente no poder de barganha que existe por parte do devedor, que, em decorrência da *automatic stay*, pode negociar suas dívidas de forma conjunta. Por outro lado, os credores acabam por também se utilizar de certas estratégias para receber um valor significativo de seus créditos⁴⁸.

Caso o credor discorde da suspensão, ele poderá entrar com um recurso pedindo que tal suspensão não seja aplicada a ele; no entanto, tal remédio dependerá de condições específicas, como por exemplo a prevista em U.S.C. § 362(d). Além de o credor poder buscar *relief* em relação ao *Automatic Stay*, há também determinadas categorias que ficam excluídas da suspensão, conforme se explica abaixo.

4.2.10 Obrigações não suspensas pelo pedido de recuperação

Tal como no Brasil, a lei americana prevê categorias de bens que estariam fora da proteção concedida pela corte de falência, a *automatic stay*. Tais obrigações devem ser cumpridas independente da suspensão concedida pela corte de falência e continuam válidas, nos termos do U.S.C. § 362(b), algumas delas são:

- o início ou continuação de ação criminal contra o credor;
- o início ou continuação de ação civil contra o credor para a determinação de paternidade, para modificação de pensões pagas à família; relativas à guarda ou visita a filhos menores, para a dissolução de um casamento, a menos que

⁴⁸ CLARO, Carlos Roberto. Recuperação Judicial: Sustentabilidade e Função Social da Empresa. Dissertação de Mestrado, Curitiba, UNICURITIBA, p. 143.

tal medida se destine à divisão de propriedade que seja parte da massa falida ou relativas à violência doméstica.

- de cobrança de obrigações de pensões sobre propriedade que não seja parte da massa falida.
- relacionadas à retenção de renda que seja fruto de propriedade da massa ou de propriedade do devedor para o pagamento de pensões exigido por ordem judicial, administrativa ou por estatutos;
- relacionadas à retenção, suspensão ou restrição de carteira de motorista, carteira profissional, de classe, conforme lei estadual, nos termos da seção 466(a)(16) da Lei de Seguro Social;
- da interceptação de declarações de imposto de renda, conforme especificado nas seções 464 e 466(a)(3) da Lei de Seguro Social ou Lei Estadual Análoga; ou
- do cumprimento de obrigações médicas, conforme especificado no título IV da Lei de Seguro Social;

4.2.11 A reversibilidade das transferências

O *debtor in possession* ou o interventor têm os chamados poderes de "reversão". Com tal dispositivo, transferências feitas determinado tempo antes do pedido de recuperação judicial estão sujeitas à análise e, caso sejam encontradas irregularidades, será possível desfazer tais transferências. Ao evitar determinada transferência de propriedade, o *debtor in possession* pode cancelar a transação e forçar a devolução do pagamento ou da propriedade, que ficam então disponíveis para todos os credores. Geralmente, e sujeito a diversas defesas, o poder de evitar transferências é eficaz contra transferências feitas pelo devedor dentro de 90 dias antes da apresentação do pedido. Mas as transferências para pessoas próximas (isto é, parentes, sócios, e diretores ou executivos do devedor), feitas até um ano antes da apresentação podem ser revertidas. 11 U.S.C. §§ 101(31), 101(54), 547, 548. Além disso, nos termos do 11 U.S.C. o § 544, o *trustee* está autorizado a desfazer transferências sob a lei de cada estado, que normalmente prevê períodos mais longos. Os poderes de reversão evitam o pagamento injusto a alguns dos credores

antes da apresentação do pedido em detrimento de outros credores. Esse mecanismo é de grande importância na prevenção de fraudes, pois evita que na iminência de uma falência o empresário comece os expedientes para livrar-se do patrimônio da empresa. O funcionamento é semelhante ao instituto da “fraude a credor” no Direito Civil Brasileiro, a maior diferença é no entanto a muito maior facilidade de execução no processo americano, que garante que tal dispositivo seja cumprido tempestivamente, permitindo assim a divisão entre os credores.

4.1.12 Bens não são atingidos pela falência

O fato de declarar falência ou fazer um pedido de recuperação não significa que todos os bens do devedor estarão disponíveis para os credores. Há determinados bens que escapam à divisão entre os credores. Nos Estados Unidos, devido à possibilidade de falência de pessoa física (único meio de reabilitação no caso de insolvência), é de especial importância essa exceção. É nesse quesito que residem as principais diferenças entre os Estados. Embora o foco desse trabalho seja a recuperação judicial corporativa, vale mencionar algumas hipóteses de bens excluídos da falência de pessoa física (Título 11 – Capítulo 5 – Seção 522 do *US Code*):

- Veículos automotores até determinado valor.
- Roupas na proporção do razoável.
- Os utensílios domésticos necessários e mobiliário razoável.
- Joias até determinado valor (o anel de casamento é um exemplo do que pode ser mantido)
- Pensões
- Uma determinada parte da casa do devedor (isto é, até determinado valor)
- Uma parte dos salários não pagos, mas já devidos.
- Benefícios públicos, incluindo assistência social, previdenciária, seguro desemprego, acumulados em uma conta bancária.
- Pagamentos recebidos em decorrência de indenização por danos.

Observe-se que para muitos itens há a reserva de que seja em valor “razoável”, isto é, não há uma proteção absoluta, nem tampouco o razoável é decidido por tribunais, mas positivado em lei específica, no caso de carros, por exemplo, este valor é de USD 3675,00, o que quer dizer que um veículo de USD 100.000,00 não estará isento. Nota-se aqui uma importante diferença em relação ao Brasil, onde não há previsão legal do valor, embora os tribunais muitas vezes decidam no sentido de que determinado propriedade seja vendida, caso por exemplo de um imóvel de 15 milhões na Vieira Souto, ainda que único bem, muito provavelmente seria atingido em uma ação de execução, mas isso dependerá do juiz.

Alguns dos bens que o devedor deve disponibilizar em um processo de falência/recuperação são:

- Coleções de selos, moedas e outros artigos de valor
- Um segundo carro
- Uma segunda casa ou casa para recreio
- Valores em espécie, contas bancárias, ações, títulos e outros investimentos
- Objetos de família
- Instrumentos musicais caros, a menos que o devedor seja músico profissional

Como supracitado, os bens não atingidos pela falência são a principal diferença entre a lei federal e estadual concernente à falência nos Estados Unidos. Nesse quesito, são levadas em conta as particularidades de cada Estado, no Texas, por exemplo, a lei garante a manutenção da posse de armas de fogo, entre outros artigos pessoais⁴⁹:

Equipamentos para a prática de esportes, incluindo bicicletas; 2 armas de fogo; mobiliário da residência, inclusive os bens de família; alimentos, roupas; joias (não excedendo 25% do total da isenção), um veículo de uma, duas, três ou quatro rodas por membro da família ou adulto com carteira de motorista (ou que dirija veículo para alguém sem carteira de motorista); 2 cavalos, mulas ou burros e uma sela, manta e rédea para cada um deles; 12 cabeças de gado, 60 cabeças de outros tipos de animal de criação; 120 aves e animais domésticos até USD 30.000.

Outro ponto interessante é que as isenções estaduais podem ser combinadas às

⁴⁹ Texas Bankruptcy Law (Lei Falimentar no Estado do Texas). Disponível em: <
<http://www.texasbankruptcylaw.com/exemptions.html> > Acesso em 19 outubro 2014.

isenções federais na maneira mais vantajosa para o devedor. Deve-se no entanto entender que tal combinação não é acúmulo, mas a simples adoção da disposição mais vantajosa para o devedor.

4.1.13 O Papel do Trustee

A nomeação de um *trustee* não é um fato comum nos processos de recuperação judicial nos Estados Unidos, embora nos casos de liquidação se nomeie um *trustee* automaticamente. No entanto, as partes interessadas ou o *U.S. Trustee* poderão pedir a nomeação de um *trustee* a qualquer momento antes da confirmação. O juízo poderá então indicar um *trustee* no caso de fraude, desonestidade, incompetência ou má gestão nos termos do 11 U.S.C. § 1104(a). O *trustee* será portanto indicado pelo *U.S. Trustee*, com aprovação das partes interessadas e do juízo. Após nomeado, o *trustee* ficará responsável pela massa, bem como pela continuidade dos negócios e ainda pela preparação do plano de recuperação. Note-se aqui que o *trustee* desempenha portanto as funções que o devedor desempenharia caso estivesse habilitado para continuar na administração. Como dito acima, o devedor é, muito provavelmente, a pessoa mais qualificada para tocar o negócio, uma vez que conhece o negócio melhor que qualquer outro. Neste sentido, a nomeação de um *trustee* é algo de fato excepcional, pois seria uma temeridade substituir a administração de uma empresa já combatida. A Lei Americana prevê ainda que o juízo pode retirar o mandato do *trustee* e restabelecer o devedor na administração do negócio, nos termos do 11 U.S.C. § 1105, o que tal qual a acima mencionada possibilidade de manter um *trustee* e o devedor na administração concomitantemente quando justificável, reforça a ideia de essencialidade de que aquele que melhor conhece o negócio, ou aspectos críticos de tal negócio, permaneça na administração.

4.1.14 O papel do Examiner

O *examiner* executa funções essencialmente investigatórias e está obrigado a notificar todas as investigações realizadas. O *examiner* fica assim responsável por

verificar se houve fraude ou qualquer outro ato ilícito por parte do devedor ou mesmo do *trustee*, o *examiner* pode ainda realizar funções de um *trustee* que o juízo tenha ordenado que não sejam realizadas pelo devedor, nos termos do 11 U.S.C. § 1106. O *examiner* atua portanto como uma espécie de contador forense, sendo que seus deveres podem ser definidos por cada juízo para cada caso concreto. O *examiner* não poderá atuar posteriormente como *trustee* no mesmo caso nos termos do 11 U.S.C. § 321. O processo de seleção de um *examiner* envolve a aprovação em exames e treinamento para a função, os *examiners* ficam ainda sujeitos ao controle de sua entidade de classe.

4.3 O CAPÍTULO 9 DA LEI DE FALÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS

Embora o objeto deste estudo seja o capítulo 11 da lei de falência, com foco na falência corporativa, vale ressaltar a previsão do capítulo 9, a recuperação de município. Como se pode prever, não seria possível a um município pedir sua simples falência, há diversas contingências, sendo a primeira delas o evidente fato de que um município não pode cessar de existir. No entanto, a má gestão ou outros fatores que porventura causem a insolvência de um município não terão nos Estados Unidos a proteção especial que têm no Brasil, devendo submeter-se à lógica de qualquer orçamento, isto é, deve manter uma austeridade.

O ícone dos casos de falência de cidade nos Estados Unidos é Detroit, no Estado de Michigan, que fez o pedido de recuperação, nos termos do capítulo 9 da Lei de Falências dos Estados Unidos no dia 18 de julho de 2013. Trata-se da maior falência de município da história, com passivos de mais de 18 bilhões.

Detroit é a cidade mais populosa do Estado de Michigan e já foi um grande polo industrial, sobretudo da indústria automobilística. No entanto, devido a diversas crises no setor, houve um grande declínio na população, que foi de 1.8 milhão na década de 50 aos atuais 700 mil, e na atividade industrial local.

A falência de Detroit é também um bom exemplo do supracitado dispositivo do *cram down*, que teve que ser usado para este caso pois o desconto que se propunha nas dívidas da cidade tinham grandes discrepâncias e detentores de títulos não estavam satisfeitos com o arranjo proposto. Para sanar sua dívida, Detroit

propõe aos detentores de títulos sem garantias, incluindo titulares de dívidas de obrigação geral, 20 centavos por cada dólar. Pensionistas em geral receberiam somente 66% de suas pensões (74% caso concordassem rapidamente), pensionistas da polícia e do corpo de bombeiros receberiam 90% (96% caso concordassem rapidamente)⁵⁰, a diminuição das pensões foi ainda declarada inconstitucional pela Juíza Rosemarie Aquilina, nos termos da Constituição do Estado de Michigan, decisão mais tarde modificada por um Tribunal Federal.

Recentemente, no início de novembro de 2014, Detroit teve seu plano de recuperação confirmado, possibilitando assim que saia da falência. A falência de Detroit pode certamente ter tido seu ingrediente de vítima de uma crise industrial, mas por outro lado é evidente o histórico de má gestão da cidade, o prefeito imediatamente anterior ao que pediu a falência, Kwame Kilpatrick foi condenado em 2013 a 28 anos de prisão. No entanto, o processo de recuperação tem sido bem conduzido e, de acordo com o jornal *"The Economist"*, "Detroit tem um longo histórico de má gestão, mas a forma como a recuperação tem sido levada até então é um modelo de eficiência e pragmatismo⁵¹".

Pelo exposto, tem-se uma noção de como funciona a Lei de Falências nos Estados Unidos, e de maneira inequívoca pode-se dizer que tal lei influenciou, e muito, a elaboração do novo conceito de falências e recuperação judicial adotado no Brasil, ainda que em alguns pontos as duas legislações difiram tanto em relação a fatores objetivos, como em relação às possibilidades processuais e à mens legis. O certo, é que com a lei de 2005 se buscou modernizar os institutos da falência e recuperação no Brasil, e fato é que esse fim foi atingido em muita medida inspirado pela legislação americana.

4.4 O CAPÍTULO 13 DA LEI DE FALÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS

A *reorganization* nos Estados Unidos não se limita às empresas, como visto no capítulo anterior a possibilidade de recuperação abarca também municípios. Embora o capítulo 11 contemple também pessoa física, o mais comum é que indivíduos com

⁵⁰ Disponível em: < <http://www.economist.com/news/united-states/21597929-bondholders-choke-citys-restructuring-proposals-cram-down> > Acesso em 23 de novembro de 2014.

⁵¹ Disponível em: < <http://www.economist.com/blogs/democracyinamerica/2014/11/detroits-bankruptcy-plan> > Acesso em 23 de novembro de 2014.

renda regular e dívidas sem garantias de até USD 383,175 e dívidas com garantia de até \$1,149,525. 11 acabem por optar pelo capítulo 13, por ser este um capítulo previsto para indivíduos e com burocracia e custo menores do que o capítulo 11. Sob o capítulo 13 é possível, por exemplo, que o indivíduo mantenha sua casa e pague a hipoteca as prestações atrasadas posteriormente. Outra característica relevante é o fato de que no capítulo 13 os pagamentos são feitos a um *trustee*, que por sua vez repassa esses pagamentos aos credores. Tal qual no capítulo 11, é preciso que se tenha recebido consultoria financeira de uma agência autorizada. O Capítulo 13 é a mais comum das formas de recuperação de pessoa física nos Estados Unidos. O devedor no capítulo 13 deve ter como demonstrar que possui receitas futuras, ou boas chances de obtê-las. O capítulo 13, além de benéfico ao devedor, é também benéfico ao credor, pois prevê o pagamento da totalidade do crédito, ao passo que no caso do capítulo 7, isto é, falência, o credor receberia apenas uma parcela. Sob o capítulo 13, o plano é proposto pelo próprio devedor, e deve incluir todos os credores habilitados. Como já dito antes, nos Estados Unidos a recuperação não ocorre em prejuízo do que seria a simples liquidação, assim os credores não podem receber no capítulo 13 menos do que receberiam no caso de liquidação sob o capítulo 7. A suspensão das cobranças (*automatic stay*) fica válida por três anos a contar do envio do plano ao juiz. Os bens e receitas futuras do devedor (em que se baseia o plano) deverão ser utilizados para cumprir o plano, vale lembrar que as receitas e não os bens serão preferencialmente utilizados para pagar os créditos, conforme lembra José Cretella “O *Chapter 13 Debtor* conserva a posse de seus bens, alienando apenas os estritamente necessários para a execução do plano pelo trustee, que distribuirá o valor arrecadado entre os credores”⁵².

⁵² CRETELLA NETO José, **Nova lei de Falências e Recuperação de Empresas** 1º edição, Rio de Janeiro: Forense, 2005. P. 30.

5. LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMPARADA

Conforme estudado em relação à falência e à recuperação de empresas, observa-se que tanto a Lei brasileira quanto a legislação internacional buscam dar máxima efetividade aos princípios da preservação da empresa e de sua função social, pois a atividade produtiva gera muitas vantagens sociais e, de forma mais objetiva, os empregos. No entanto, vale destacar que os princípios da proteção e da função social da empresa, não possuem necessariamente a mesma conotação nos dois países. No Brasil, os bens do devedor são uma garantia comum dos credores. Porém, determinados créditos, em virtude de sua natureza ou qualidade, têm preferência sobre os demais⁵³. Nos Estados Unidos os bens do devedor cumprem papel similar, no entanto, a ordem de preferência é mais flexível e pode ser determinada pelo juízo.

A influência do direito americano na atual lei de falências brasileira trouxe grandes ganhos e uma maior facilidade principalmente na recuperação judicial e extrajudicial de empresas, engessadas demais sob o modelo anterior da concordata. Buscou-se sem dúvida com a nova lei dinamizar o instituto da falência e recuperação, mas apesar das muitas similaridades no formato e do fato de ter sido a lei brasileira inspirada em muita medida na americana, há diversos aspectos em que a lei americana se mostra claramente mais direta e livre de discursos sociais, o discurso do fim social, tão presente no direito civil e sobretudo no direito trabalhista brasileiro parece ter extrapolado para o direito comercial de uma forma que nada tem a ver com o viés da legislação americana, que tem por fim a preservação da empresa sim, mas dentro de um discurso muito diferente do visto no Brasil, Nas palavras de José Cretella Neto⁵⁴, a recuperação nos Estados Unidos se dá “*sempre no intuito de preservar a empresa e garantir o crédito dos credores*”, ainda segundo Cretella “*aí reside, talvez, o maior mérito do legislador nos Estados Unidos*” ,

⁵³ MIRANDA VALVERDE, Trajano de. Comentários à Lei de Falências: Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945). v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1948. p. 65.

⁵⁴ CRETILLA NETO José, Nova lei de Falências e Recuperação de Empresas 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2005. P. 28.

ressalta-se aqui que Cretella fala na garantia dos créditos dos credores, lógica que pode ser notada no fato de, por exemplo, no caso de determinado plano ser proposto nos termos do Capítulo 11, em claro prejuízo do que seria a pura e simples liquidação nos termos do Capítulo 7 (Falência), tal plano será recusado, restando a opção de falência, exemplo disso são os casos em que a dívida que se aceita pagar com o plano proposto tem um desconto maior do que a simples liquidação da empresa daria a cada um dos credores, fica evidente neste caso que o melhor para os credores, e portanto para a manutenção de um ambiente econômico sadio, seria a simples falência do devedor, tanto porque mais benéfica aos credores, quanto por economia processual. Notou-se ainda na observação dos julgados das cortes americanas que o valor de desconto na dívida é muito menor do que o concedido no Brasil, onde não são raros descontos de até 60%.

Como visto, o legislador brasileiro ao criar a Lei 11.101 de 2005, utilizou-se de institutos jurídicos já existentes em outros países, principalmente os Estados Unidos, a fim de dar maior eficácia ao processo de recuperação de empresas em crise e trazer maior participação das partes:

Do ponto de vista econômico, a nova Lei se constituirá em fator importante de apoio a processos de renegociação com os credores, visando a recompor as dívidas de uma empresa em dificuldades. Ajudará, também, a reposicionar esta empresa frente às novas possibilidades de aporte de capital, tornando credores e investidores mais suscetíveis em participar de sua reestruturação⁵⁵.

Em vários aspectos a lei americana parece ser mais flexível, principalmente com relação a questões sociais. O princípio da função social, por exemplo, tão presente no direito civil e sobretudo no direito trabalhista brasileiro, não é idêntico ao entendimento previsto na legislação americana, que busca sim a manutenção da empresa, mas busca acima de tudo, um ambiente econômico sadio, nem que para isso, seja necessária a decretação da falência da empresa. Podemos ver nisso um maior pragmatismo da lei América, o que é compreensível tendo em conta a longa cultura de mercado desse país. O que se busca é a viabilidade do negócio, será

⁵⁵BARAT, Josef. **A reestruturação de empresas e a nova lei de falências**. Revista Jurídica Consulex, Ano IX, n. 195, 28 de fevereiro de 2005, p.1

avaliado *tout court* se o negócio é viável ou não, sem que se busque dar um cunho social aplicável a todo preço. Claro que se a matéria for de evidente impacto social isso será levado em conta, conforme se pode notar na supracitada aplicação do dispositivo do Cram Down aos empréstimos da crise imobiliária de 2008, no entanto, pode-se notar uma “quantificação de impacto social”, isto é, nem tudo é impacto social, é preciso que a monta desse impacto seja realmente relevante, não há a priori uma ideia de que “devemos tentar pelo social”. Ainda que essa constatação seja negativa, pois surgida da simples ausência de um discurso social e não da afirmação positiva de que ele não existe, a análise dos julgados deixa evidente essa menor influência da função social. Não se está buscando no entanto diminuir a importância do discurso social ou ainda dizer que essa é uma particularidade do Direito Brasileiro; no Direito Francês, Charveriat⁵⁶ nos lembra que, *“L’objectif fondamental de la loi de 1985 est de sauvegarder l’entreprise et les emplois qui y sont attachés chaque fois que cela est possible, et même s’il doit en résulter un préjudice pour les créanciers.”* No entanto, apontando que tal lógica não é pacífica, continua, *“Toutefois l’ampleur de l’atteinte aux droits des créanciers résultant de cette logique a fait l’objet de nombreuses critiques”*. Isto é, logo se notou que o puro e simples discurso social era ineficaz e em 1994 foram aumentadas as prerrogativas do credor. Fato é que um discurso demasiadamente social e hostil ao mercado jamais trará “preservação de empresas”, os dois são portanto conflitantes. Ainda tomando o exemplo francês, as eleições de François Mitterrand e François Hollande, por exemplo, causaram o afastamento de investidores após discursos de forte cunho social.

Vale ressaltar a decisão da Suprema Corte americana, ao comentar a política da concorrência e da recuperação judicial, transcrita abaixo por Ivo Waisberg:

A intenção do Ato não é proteger a indústria do mercado operacional; é proteger o público da falência do mercado. A lei não se dirige contra a conduta competitiva, mesmo que ferozmente competitiva, mas contra a conduta que ilegalmente tende a destruir a concorrência. Isto é feito não por consideração aos interesses privados, mas pela preocupação com o interesse público.⁵⁷

⁵⁶ CHARVERIAT, MARTIN. **Défaillances d’entreprises**. Levallois: Editions Francis Lefebvre 1997. P. 9.

⁵⁷ WAISBERG, Ivo. **Direito e Política da Concorrência para os países em desenvolvimento**. São Paulo: Lex Editora, 2006, p. 42.

Assim, embora no trecho acima Waisberg esteja falando de políticas concorrenciais, pode-se notar a preocupação do legislador americano em resguardar a sociedade, protegendo-a de eventuais abusos das empresas, mas nota-se também no comentário a preocupação com a “outra empresa”, isto é com a preservação de um mercado e, por meio deste mercado, com a preservação do emprego e da movimentação da economia, ao passo que no Brasil, em grande parte dos discursos parece ficar subjacente que a empresa é predadora e potencialmente prejudicial, cabendo à legislação domá-la. Essa é uma grande diferença da visão de empresa no Brasil e nos Estados Unidos, o último vê a empresa como um órgão de fomento, um instituto capaz de promover o bem estar social através do emprego e do crescimento da economia, enquanto o primeiro vê a empresa como algo que, se não controlado, pode gerar danos à economia e a criação de empregos, reforçando o discurso de que sua função social deve ser mantida. Pergunta-se: quem cria o emprego?

Nesse sentido, devemos analisar um fator fundamental na relação, que é o ânimo do empresário, um dos sujeitos dessa relação. Seria esse ânimo social? Como preconiza larga parte da literatura brasileira sobre o assunto; ou seria antes um fim de mercado? Uma intenção de atender uma demanda, que gera como efeito a necessidade de empregar? Vale lembrar que essa necessidade de empregar para a consecução de determinado fim econômico é a força motriz da economia e permite que essa força de trabalho consuma, criando mais demanda. Preservar uma empresa em seus estertores sob a justificativa de fazer cumprir a função social seria preservar uma empresa que já não atende a demanda, ou seja, se estaria imaginando um novo fim para o negócio, que nada tem a ver com o fim originário. Há ainda de se considerar a prevalência do direito trabalhista no direito brasileiro, em um caso de falência a justiça dessa prevalência é clara, pois defende os mais frágeis, mas no caso da recuperação judicial ocorre que se está justamente tentando preservar a fonte da renda desses trabalhadores, esse é o discurso principal desse instituto na lei brasileira. No entanto, não raro a justiça do trabalho decide no sentido da penhora de bens e outras medidas que certamente apenas agravam a situação da já combatida empresa. Nos Estados Unidos, por não haver essa prevalência como aqui, os tribunais tomam decisões mais harmônicas de modo a não agravar a

situação da empresa. Vale ainda, nesta matéria, observar o exemplo alemão, onde segundo José Cretella Neto existe:

A possibilidade de aceitação, pelos empregados – representados por sindicatos – de aceitar um compromisso global, submetido à prévia aprovação da Justiça do Trabalho (Arbeitsgericht), se a execução do plano oferecer boas possibilidades de manter a empresa em atividade⁵⁸;

Todavia, apesar de a legislação brasileira ser extremamente protetiva em relação ao trabalhador, e talvez esse seja o principal motivo para buscar preservar a fonte geradora de empregos, a recuperação judicial no Brasil não deve ser adotada como uma máxima:

Entende-se que a lei procura facilitar a recuperação de empresas viáveis, buscando, entretanto, o equilíbrio entre a preservação dos pactos contratuais e o resguardo da empresa. É por tal razão que a própria legislação falimentar criou uma série de ferramentas para que a recuperação judicial seja visualizada como o último meio a ser utilizado por uma empresa em dificuldades⁵⁹.

Pode-se afirmar ainda que a legislação norte americana é mais ampla que a brasileira, uma vez que serve para praticamente todas as modalidades empresariais, estendendo-se a empresas públicas, sociedades de economia mista, instituições financeiras públicas ou privadas, cooperativas de crédito, consórcios, entidades de previdência complementar, sociedades operadoras de plano de assistência à saúde, sociedades seguradoras, sociedades de capitalização e outras que têm seu mecanismo de falência regido por regras distintas. O capítulo 11, abarcando todas essas possibilidades, revela-se mais completo. O momento político vivido em 2014 não poderia ser mais adequado para demonstrar o erro de criar mecanismos especiais para determinados tipos de empresa, como as estatais,

⁵⁸ CRETELLA NETO José, Nova lei de Falências e Recuperação de Empresas 1º edição, Rio de Janeiro: Forense, 2005. P. 27.

⁵⁹ OLIVEIRA E NASCIMENTO, Marina Georgia de. Análise acerca dos principais aspectos da Lei 11.101/2005, focando nas suas principais alterações, seus princípios norteadores e na participação mais efetiva dos credores na recuperação de empresas. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8516/Breves-consideracoes-sobre-a-nova-Lei-de-Falencias>> Acesso em 04 novembro 2014

sob a suposição que não se admitiria que uma empresa controlada pelo Estado falisse. Ora, as demais operações, inclusive e principalmente as contábeis, de uma estatal se dão tal qual as de uma empresa privada, assumir a impossibilidade de falência significa afirmar, matematicamente e portanto inequivocamente, que o contribuinte deverá arcar com os custos da má gestão.

Outra diferença relevante entre a lei americana e a lei brasileira é o fato de a lei brasileira só permitir três classes de credores, sendo eles os credores trabalhistas, credores com garantias reais ou quirografários, enquanto a lei americana permite outras classes de credores. Essa situação facilita a negociação, além de proporcionar maior celeridade ao processo.

Há uma tendência nos países industrializados a convergir para um tipo parecido de legislação comercial, conforme explica Jorge Luiz Lopes do Canto explica⁶⁰:

A esse respeito é interessante trazer à baila alguns pontos de convergência entre as legislações de países desenvolvidos como Estados Unidos, Alemanha e França, e em desenvolvimento como Argentina e México, estes dois com alterações recentes em seus diplomas legais, a seguir transcritos:

1. Regimes incentivam recuperação da empresa.
2. Suspensão das ações contra a empresa na recuperação judicial (*automatic stay*).
3. Manutenção do devedor na administração da empresa durante a recuperação (*debtor in possession*).
4. Aprovação pelos credores do plano de recuperação da empresa (exceto na França).
5. Votação dos credores por classe.
6. Regime falimentar geral não abrange determinados segmentos.

Outra diferença muito interessante, também percebida pelo magistrado supracitado é com relação a atuação do fisco, o que traz que o próprio estado que estende a mão com a possibilidade de recuperação, no caso do Brasil, é pouco flexível com seus próprios créditos:

É oportuno salientar que o plano precitado deve prever a forma de reorganização da empresa mercantil, o que pode ocorrer mediante uma cisão, incorporação fusão ou transformação da sociedade, bem como a

⁶⁰LOPES DO CANTO, Jorge Luiz. O novo ordenamento jurídico concursal no Direito de Empresa. Disponível em https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/doutrina/doc/nova_lei_de_falencias.doc.> Acesso em 04 novembro 2014

concessão de prazos ou condições especiais de pagamento, dentre outras hipóteses, como a alteração do controle acionário. Situações jurídicas estas que por si só demonstram a abrangência maior deste instituto em relação à concordata, pois, ainda que de forma indireta, atingiria a todos os credores. Contudo, ao contrário de países como Alemanha e Estados Unidos, o Fisco no Brasil não participa com os seus créditos do financiamento da recuperação de uma empresa, inclusive pode obstar este, caso não haja a apresentação das certidões negativas de débito fiscal no prazo de cinco dias após a aprovação do plano de recuperação, o que é causa para decretação da falência da empresa recuperanda⁶¹.

No que concerne às questões formais, verifica-se que o prazo de apresentação do plano de recuperação nos Estados Unidos é de 120 dias, ou seja, o dobro do prazo estabelecido no Brasil, onde ele deve ser apresentado em 60 dias, além de o juízo poder estender o prazo até 18 meses. Não há dúvida de que em um caso de recuperação o tempo é inimigo da empresa em recuperação, portanto interessa que apresente o plano o quanto antes e obtenha sua aprovação para que possa retomar as atividades o quanto antes, mas a flexibilidade de prazo para que se chegue a um plano viável também é importante. A lei americana dá ao devedor mais prazo, mas isso não significa que seja prudente ou adequado usar um prazo tão longo, evidentemente em negócios de alta complexidade este prazo é necessário.

Ainda, as funções exercidas pelo administrador judicial também são diferentes, uma vez que no Brasil ele atua como fiscal do devedor e nos Estados Unidos, além de supervisionar o devedor, o administrador de falência também exerce funções administrativas, as quais estão previstas no § 341 do capítulo 11 do U.S.C.

Há também algumas semelhanças, vez que como já foi dito, a lei brasileira inspirou-se na legislação falimentar americana, uma delas é a manutenção do devedor na administração dos negócios, exceto nos casos de fraude.

Um outro ponto diferente do Brasil, onde é muito comum que o credor faça o pedido de falência com o fim de conseguir o pagamento de seus créditos, uma vez feito o pagamento o pedido é suspenso, isto é, pedir a falência do devedor é muitas vezes somente um modo de dissuasão, uma forma de execução judicial, conforme defende ULHOA:

⁶¹LOPES DO CANTO, Jorge Luiz. O novo ordenamento jurídico concursal no Direito de Empresa. Disponível em <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/doutrina/doc/nova_lei_de_falencias.doc> Acesso em 04 novembro 2014

...regra geral, é o credor que tem mais interesse na instauração do processo de execução coletiva. Até porque o pedido de falência tem-se revelado um eficaz instrumento de cobrança do devido. A despeito do que afirma a maioria da doutrina e da jurisprudência, fato é que o credor, ao ajuizar o pedido de falência, em função da impontualidade do devedor, quer mais o recebimento de seu crédito e menos – consideravelmente menos – a falência do devedor. A forma de entender essa ação judicial, esta etapa do processo falimentar, que melhor se ajusta à realidade, é, portanto, considerando-a uma espécie de execução judicial. Contudo, esta não é a forma que corresponde àquilo que o legislador deixou assente no texto legal. O credor, segundo o que imagina a lei, teria interesse na instauração do processo de execução coletiva. Este seria o seu objetivo, que o devedor, cumprindo em juízo a obrigação devida, acabaria por frustrar. Nada mais distante da realidade cotidiana do comércio, porém próximo às elucubrações dos comercialistas.

Nos Estados Unidos o pedido na maior parte das vezes é feito pelo Devedor, como forma de efetivamente tentar a recuperação. Não é rara no Brasil a adoção de expedientes processuais que têm por fim algo totalmente alheio à mens legis e isso não deixaria de se aplicar também ao direito falimentar.

O *Cram down*, com instituto similar na Lei Brasileira, no artigo 58, parágrafos 1 e 2 da lei de recuperação e falência, não foi transplantado para a legislação brasileira tal qual é usada na americana. As restrições de quórum não permitem ao juiz impor o plano aos devedores como seria possível nos Estados Unidos, no Brasil é necessária a aprovação da maioria e mesmo na classe dissidente é necessário que ao menos um terço dos credores daquela classe tenham aprovado o plano. Apesar de as limitações ao *cram down* no Brasil, que claramente diminuem a atuação do juiz, sofreram críticas da doutrina, não poderíamos deixar de ter em conta que uma maior intervenção do judiciário poderia tornar-se uma arbitrariedade e diminuir as garantias dos credores, neste sentido podemos talvez entender que não houve uma transplantação parcial ou inadequada, mas apenas uma adaptação à realidade local.

Dessa forma, conclui-se que a Lei brasileira de falências e recuperação de empresas, seguiu a tendência dominante no direito comparado, privilegiando a recuperação em detrimento da decretação da falência. De maneira geral, foi um ganho para a sociedade brasileira inspirar-se na Lei falimentar dos Estados Unidos. Claro que muitos dos institutos não foram trazidos na íntegra para o Direito

Brasileiro, mas como foi dito antes, foi necessária uma harmonização, vez que os dois sistemas são muito diferentes. A LRFE mostra uma disposição do legislador brasileiro em modernizar o instituto no país, abandonando uma lei de 1945 e um sistema de concordata aplicado no país desde 1850, ainda que com mudanças. Os anseios do mercado são e sempre serão os já conhecidos, a menor intervenção possível do Estado e a segurança jurídica tão necessária aos negócios. Neste sentido a LRFE foi um avanço, permitindo maior liberdade de negociação entre devedor e credores e dando garantias de efetividade dessas negociações.

5.1 QUADRO COMPARATIVO

Abaixo é fornecido um quadro comparativo das principais diferenças entre a LRFE e o Capítulo 11 do Artigo 11 do *U.S. Code*.

Ponto	Brasil	Estados Unidos
Empresas que emergem da Recuperação Judicial	1%	30%
Legitimados para pedir a recuperação/falência	Devedores e Credores. Na prática, no entanto há um número relativamente grande de pedidos por partes de credores com o fim de obter o pagamento e com isso o devedor afasta o pedido.	Devedores e Credores. No entanto, a grande maioria é feita pelo credor.
Prazo para apresentação do plano	60 dias	120 dias, com possibilidade de prorrogação para até 18 meses
Classes de credores	Credores trabalhistas, com garantia real e quirografários. Os credores trabalhistas têm preferência e não raro as decisões da Justiça do trabalho conflitam com a realização do plano.	Liberdade de criação de classe de credores. Esse é um elemento essencial ao dinamismo da legislação americana, pois permite maior liberdade de negociação.
Negócios excluídos da recuperação judicial	Bancos, instituições financeiras, planos de saúde, empresas de seguro.	Operadores de linhas férreas, corretoras de ações e commodities.
Quem pode pedir recuperação	Somente negócios	Além das empresas, estão incluídas pessoas físicas e mesmo municípios. Embora o capítulo 11 aplique-se também à pessoa física, o mais comum é que usem o capítulo 13, municípios se servem do capítulo 9.
Funções do Administrador da Falência	Atua como fiscal do devedor	O administrador de falência também exerce funções administrativas, as quais estão previstas no § 341 do capítulo 11 do U.S.C.

Papel do Fisco	Não participa com os seus créditos do financiamento da recuperação de uma empresa	O fisco pode fazer concessões e até mesmo receber ações.
Manutenção do credor na administrador	Sim, a menos que haja fraude.	Sim, sob a figura do <i>debtor in possession</i> , a menos que haja fraude.
Venda em bloco	Modalidade quando há falência	A venda em bloco pode ser feita sob o capítulo 11.
Votação do plano de recuperação	Necessidade de maioria dos votos e, para aplicação do <i>cram down</i> , será necessária a aprovação de ao menos 1/3 da classe dissidente	O juízo tem maior liberdade de aplicar o <i>cram down</i> .
Rigor na punição de crimes falimentares	Tomando aqui como exemplo casos de gestão questionável verificamos que nos casos Mesbla, Banco Santos e OGX não houve condenação.	Caso Enron – Executivos presos Cidade de Detroit – Um ex-prefeito preso

5.2 A EFICIÊNCIA DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

Conforme supracitado, o percentual de empresas que sai da recuperação para outro fim que não a falência é muito baixo, no Brasil, como nos Estados Unidos. Evidentemente não se pode comparar o índice de sucesso nos dois países, no entanto, mesmo nos Estados Unidos, muitas vezes uma empresa que “saiu do capítulo 11” não retorna à atividade anterior, mas somente cria uma empresa com o fim de saldar as dívidas, fechando depois disso, a exemplo do Lehman Brothers, que saiu do capítulo 11 em 2012. Não há dúvida quanto à eficiência do instituto em coordenar uma situação que de outra forma seria muito mais danosa ao mercado e isso tanto no Brasil, quanto nos Estados Unidos. As empresas passam por dificuldades e essas dificuldades podem levar a situações insustentáveis, algumas vezes por má gestão, outras pelas circunstâncias do mercado e uma vez que a situação existe de fato, ela deve ser prevista e contemplada pelo direito, pois de largar essa situação ao mercado resultaria prejuízo ainda maior. A segurança jurídica é um elemento *sine qua non* para a existência de negócios, ninguém se dispõe a investir se não houver alguma segurança de retorno e regras para o jogo, essas regras, esse papel regulamentador do Estado tem um enorme peso na decisão de iniciar o negócio. As leis falimentares buscam prover justamente essa segurança, tanto de que as consequências para o empresário não serão draconianas, pois de outra forma se desestimularia o empresário, quanto de que os fornecedores e demais *stakeholders* terão seus interesses protegidos, nisso sem dúvida a legislação falimentar é essencial para a segurança dos negócios.

Os princípios da função social e da preservação da empresa são, sem qualquer dúvida, ideais nobres e conseguir atingi-los é de grande interesse para a sociedade, mas há particularidades no mercado que dificultam muito uma real eficiência desses princípios no caso do Direito Comercial. A empresa em recuperação enfrenta toda sorte de restrição, a dificuldade de crédito, apesar de as disposições legais procurarem remediar essa situação, é enorme; a reputação da empresa fica combalida; o ânimo de seus diretores em empregados já não é o mesmo e, talvez a

mais grave das situações: na grande parte dos casos essa empresa não está sozinha no mercado, tem concorrentes em situação muito melhor e acaba por ser trucidada por essa concorrência. Há casos em que podemos falar de “perda do objeto” da empresa, como no caso da Blockbuster, que entrou no capítulo 11 em 2010, após seu modelo de negócios praticamente deixar de existir e não ter conseguido se adaptar⁶². Mesmo após isto, pequenos investidores continuaram comprando ações da Blockbuster, que totalizaram USD 10 milhões, esses investidores perderam o capital, pois a empresa não se recuperou.

Para uma empresa em dificuldade, o que se tem visto é que a melhor opção é a fusão, cisão ou incorporação – normalmente o maior patrimônio de uma empresa nessa condição é sua marca (talvez o ponto de maior interesse no caso de aquisição por outra empresa) e passá-la ao controle de um grupo em melhores condições pode ser uma forma mais efetiva de recuperá-la. Nos casos analisados abaixo, Lehman Brothers e Enron, foi tentada essa opção, mas os compradores acabaram por declinar.

6. OS CASOS ENRON E LEHMAN BROTHERS

Os casos Enron e Lehman Brother foram dois dos casos mais emblemáticos de utilização do capítulo 11 da Lei de Falências dos Estados Unidos. A Enron, que entrou com pedido de recuperação em 2001, é um exemplo de retirada do *debtor in possession* em favor de um interventor, já o caso do Lehman Brothers, o maior processo de recuperação da história americana é um caso de recuperação judicial de banco, o que não seria possível na legislação brasileira. Analisamos abaixo cada um desses casos e suas particularidades:

⁶² Disponível em <http://www.bloomberg.com/news/2010-09-23/blockbuster-video-rental-chain-files-for-bankruptcy-protection.html>, acessado em 13 de dezembro de 2014.

6.1 O CASO ENRON

A Enron foi formada por Kenneth Lay em 1985 após a compra da Houston Natural Gas pela InterNorth. Anos mais tarde, Jeffrey Skilling foi contratado, o executivo fez uma série de manobras contábeis, auxiliado pelo diretor de finanças Andrew Fastow e outros executivos da empresa. Apesar dos relatórios financeiros lacunosos, os executivos da Enron conseguiram convencer a empresa de auditoria Arthur Andersen, então a quinta dos Estados Unidos, a ignorar as lacunas do balanço. Como era de se esperar, vez que empresas de auditoria vendem justamente boa fé e confiança (daí por exemplo a recusa da PWC na última semana em assinar o balanço da Petrobras), a Arthur Andersen foi levada à dissolução logo após as manobras contábeis da Enron tornarem-se públicas.

Pouco antes do pedido de recuperação acionistas da Enron entraram na justiça com um processo de 40 bilhões de dólares depois de o preço das ações, após um pico de USD 90.75 por ação em meados de 2000 para menos de USD 1, em novembro de 2001, um mês antes do pedido de recuperação. A rival Dynergy ofereceu-se então para comprar a empresa a um valor muito baixo, mas a operação não deu certo; neste momento, a Enron já estava sob investigação da Comissão de Valores Mobiliários (SEC).

O pedido de recuperação judicial foi feito em 2 de dezembro de 2001, protagonizando um dos mais complexos casos de recuperação judicial dos EUA. Diversos executivos da Enron foram acusados de fraude contábil, inclusive Jeffrey Skilling e Kenneth Lay, e condenados. Arthur Andersen, auditor da Enron, foi acusado de destruir documentos importantes para a SEC, o que o levou a perder sua licença para auditar empresas de capital aberto. A fraude contábil da Enron teve enorme repercussão e levou o congresso a fazer novas leis, com maior vigor dos controles contábeis. A Lei Sarbanes-Oxley, por exemplo, prevê punições para a alteração, destruição ou falsificação de documentos utilizados em investigações federais ou com o intuito de fraudar acionistas.

A Enron teve uma receita de 111 bilhões de dólares no ano de 2000 e empregava mais de 20000 pessoas, no momento da falência a Enron tinha um total de ativos de 64 bilhões de dólares, fazendo deste o maior caso de falência dos Estados Unidos (depois superado pela Worldcom e Lehman Brothers).

Não houve no caso da Enron um “*debtor in possession*”, os principais executivos da Enron foram afastados e posteriormente condenados e a recuperação foi conduzida por um interventor. Como se poderia prever, a recuperação não deu certo e embora o plano da Enron fosse o de manter suas três empresas americanas de gasodutos e grande parte de seus ativos no exterior, as empresas acabaram sendo vendidas, com a última, a Prisma Energy, vendida em 2006, deixando a Enron sem ativos. No ano seguinte o nome da empresa mudou para Enron Creditors Recovery Corporation, com o intuito de pagar os demais credores.

O caso Enron também teve graves consequências para seus funcionários e empregados de muitas outras empresas, o sistema previdenciário americano baseia-se em grande medida em fundos de pensão e normalmente o percentual da carteira composto por ações da própria empresa é alto. Os acionistas da Enron perderam 74 bilhões de dólares nos 4 anos que precederam a falência, deste valor, cerca de 60% foi consequência de fraudes contábeis. Um processo de 85 milhões de dólares foi vencido pelos funcionários da Enron (cerca de 20.000) em 2004, no entanto isso foi o que restou dos originários 2 bilhões de seu fundo de pensão, deixando cada funcionário com cerca de 3100 dólares. Anos mais tarde, em 2008 chegou-se a um acordo para o pagamento de 7.2 bilhões de dólares de um processo de 40 bilhões de dólares, o valor foi distribuindo entre a Universidade da Califórnia e outro 1.5 milhões de credores. O escritório de advocacia contratado pela Universidade da Califórnia - Coughlin Stoia Geller Rudman and Robbins - recebeu 688 milhões de dólares em honorários.

A grande maioria das empresas grandes nos Estados Unidos, a exemplo da Enron, entram com um pedido de recuperação no caso de crise, isto é capítulo 11, e não de falência, capítulo 7. O caso da Enron era evidentemente um caso sem solução, a Enron não voltaria a atuar no mercado de energia e isso estava óbvio. Apesar do que foi dito acima sobre uma menor influência da função social na lei americana, evidentemente em alguns casos haverá a consideração do viés social de uma

falência, ainda que isso seja pouco lógico do ponto de vista meramente econômico. O caso da Enron, com 20000 funcionários com seus fundos de pensão atingidos, mais os efeitos colaterais em outros fundos que tinham ações da Enron em sua carteira, justificava uma tentativa de recuperação, ao menos para que se analisasse melhor o caso e se saneasse a empresa antes da distribuição.

6.2 O CASO LEHMAN BROTHERS

Quarto maior banco de investimentos dos Estados Unidos e com mais de 150 anos de existência, o Lehman Brothers fez o pedido de recuperação judicial em 15 de setembro de 2008 após a recusa do banco britânico Barclays em comprá-lo sem a ajuda do governo americano.

Diferente da Enron, em que a crise foi originada por fraudes contábeis, o caso do Lehman foi motivado pela crise do *subprime*. O Lehman havia concedido crédito imobiliário para clientes de alto risco e não resistiu aos efeitos da crise imobiliária. Evidentemente, pela monta desse processo de recuperação judicial, o maior da história, se buscou na época os possíveis responsáveis por tal desfecho; no entanto, os oito membros da Comissão de valores mobiliários (SEC) acabaram por concluir que não seria legalmente viável processar os executivos do banco. A presidente executiva da SEC, Mary L. Schapiro discordou dessa avaliação, perguntando-se como seria possível que o processo de falência que culminou na crise de 2008 terminasse sem ter nem mesmo um processo civil. Nada ficou provado contra os executivos do Lehman Brothers e em 2013 terminou o prazo para ajuizamento de ações.

O caso é de especial interesse neste trabalho por se tratar de pedido de recuperação judicial de um banco, figura inexistente no Direito Brasileiro. Igualmente ilustrativo para o tema em pauta é o fato de o tratamento dado ao caso ter sido, nas palavras dos juízes do caso, “conforme as circunstâncias e as possibilidades” e não o ideal. Isso aponta para o maior pragmatismo com que casos de falência são

tratados nos Estados Unidos, onde são buscados os remédios possíveis e a adequação do discurso à realidade e não o oposto.

A falência do Lehman Brothers, com ativos de 639 bilhões de dólares e passivos de mais de 750 bilhões de dólares, foi o maior caso de falência dos Estados Unidos e uma das principais causas da crise de 2008. Em 2012 o Lehman Brothers saiu da recuperação, passando a ser uma empresa em liquidação cujo o principal objetivo é pagar seus investidores e credores⁶³.

⁶³ Disponível em: < <http://www.reuters.com/article/2012/03/06/us-lehman-idUSTRE8250WY20120306>>, acesso em 12/12/14.

7. CONCLUSÃO

A Lei 11.101/2005 trouxe inovações importantes no que se refere à falência e, principalmente, à recuperação de empresas, pois exigiu uma mudança na mentalidade de todos os operadores do direito, bem como, dos credores e devedores. Houve uma mudança na perspectiva de crise empresarial, com a priorização da função social da empresa, que se preservada, mantém os trabalhadores em seus empregos; movimenta a economia e fomenta assim a arrecadação de impostos. Portanto, pode-se afirmar que a preocupação com a função social da empresa está sendo valorizada pelo direito mundial, que tende a criar leis cada vez mais parecidas com relação a este princípio.

Em 1939 foi apresentado o primeiro projeto de Lei de Falências em âmbito nacional, que somente veio a ser publicado em 1943, e transformado em lei dois anos mais tarde, por meio do Decreto Lei 7661 de 1945. No entanto, tal regulamento ficou defasado, pois buscava a satisfação tão somente dos credores, sem qualquer preocupação social. Surgiu, assim, a Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005, que regula a falência e a recuperação judicial e extrajudicial de empresas, além de prever uma modalidade especial para o pequeno negócio. A maior liberdade de negociação entre credor e devedores foi um dos principais corolários desta lei.

A LRFE é rica em regras para ajudar as empresas na superação da crise, mas o empresário deve usá-la no momento oportuno, pois caso a empresa se encontre em crise profunda e irremediável, não haverá como esquivar-se da falência.

Ao comparar as legislações do Brasil e dos Estados Unidos, não se pretendeu evidentemente propor que países de formação tão diferentes possam ficar sob a égide de uma mesma lei, sem que haja uma harmonização com a realidade. Nesse sentido, pode-se dizer que o Brasil foi feliz na transplantação de vários dos institutos falimentares americanos. No entanto, na prática os resultados se revelam muito diferentes. Celso Furtado, ao falar do desenvolvimento dos Estados Unidos logo

após a independência e compará-lo com o Brasil da mesma época, os dois países ainda na infância, escreve:

Nada é mais ilustrativo dessa diferença do que a disparidade que existe entre os dois principais intérpretes dos ideais das classes dominantes nos dois países: Alexander Hamilton e o Visconde de Cairu. Ambos são discípulos de Adam Smith, cujas ideias absorveram diretamente e na mesma época na Inglaterra. Sem embargo, enquanto Hamilton se transforma em um paladino da industrialização, mal compreendida pela classe de pequenos agricultores norte-americanos, advoga e promove uma decidida ação estatal de caráter positivo – estímulos diretos às indústrias e não apenas medidas passivas de caráter protecionista –, Cairu crê supersticiosamente na mão invisível e repete: deixai fazer, deixai passar, deixai vender⁶⁴.

Isso indica a consolidada tradição do Estado Americano de fomentar as empresas e protegê-las, indicando também que, vez que a política supracitada data do fim do século XVIII, há uma continuidade americana nesta política e a saúde das empresas é uma preocupação central e elemento essencial da formação do país, neste contexto, se pode compreender o maior sucesso da Lei Americana. Já o “deixai fazer, deixai passar, deixai vender” do Visconde de Cairu não poderia ser mais desatualizado, com a forte intervenção do Estado na Economia que há hoje no Brasil. Certamente a inspiração americana foi benéfica para a lei falimentar brasileira, porém, conforme nos lembra José Cretella Neto⁶⁵ ao comentar as diferentes políticas de Direito Comercial na Alemanha Oriental e Ocidental “..a criação jurídico-normativa constitui sempre matéria que depende de opção política do legislador”. Se em outros ramos do direito esse componente político é bem-vindo, pois reflete o estado de espírito de uma sociedade em determinado tempo e o transplante às leis, no Direito Comercial e áreas afins, a exemplo de sua outra ponta, o Direito Trabalhista, é muito mais complicado conformar a realidade à lei, com isso resta a outra opção, aquela que aconselha a, dentro do razoável, conformar a lei à realidade econômica, e isto sem dúvida é feito com maior dinamismo pela lei americana.

Ainda, para entender o real intuito da recuperação de empresas, é imprescindível analisar os dois princípios norteadores deste instituto, quais sejam, o

⁶⁴ FURTADO Celso, Formação Econômica do Brasil 32 Edição, 2003 – Companhia Editora Nacional P. 107

⁶⁵ CRETELLA NETO José, Nova lei de Falências e Recuperação de Empresas 1º edição, Rio de Janeiro: Forense, 2005. P. 17.

princípio da preservação da empresa e o princípio da função social. A Lei estudada, visa preservar os empresas, superar a crise econômica que atinge a empresa, bem como, satisfazer os credores. No mesmo sentido, a função social da empresa, amparada, inclusive, pela Constituição Federal do Brasil, tem como objetivo erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais.

A partir dos conhecimentos básicos sobre recuperação judicial de empresas, torna-se mais fácil a compreensão e distinção do procedimento recuperacional no Brasil e nos Estados Unidos. Segundo o artigo 47 da Lei brasileira de Falências e Recuperação de Empresas, o principal objetivo da recuperação judicial é permitir a manutenção da fonte produtora, pois somente assim, preservar-se-ia o emprego dos trabalhadores e os interesses dos credores, a Lei Americana, embora com um discurso mais pragmático, busca o mesmo fim.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. 25. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARAT, Josef. **A reestruturação de empresas e a nova lei de falências**. Revista Jurídica Consulex, Ano IX, n. 195, 28 de fevereiro de 2005.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova lei de recuperação e falências comentada**. 3º ed. São Paulo: RT, 2005.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Comentada**. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BULGARELLI, Waldirio. **Direito Comercial**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas: (Lei nº 11.101, de 9-2-2005)**. 2ª ed. rev, São Paulo, Saraiva, 2005.

DE LACERDA, Paulo Maria. **Da Falência no Direito Brasileiro**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1931.

DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. **As fases da recuperação judicial**. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2009.

DOMINGUES, Alessandra A. **Direito Recuperacional – Aspectos Teóricos e Práticos**. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2009.

DUARTE, Alexandre U.O. **Direito Recuperacional – Aspectos Teóricos e Práticos**. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2009, p. 162.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

LISBOA, Marcos de Barros et al. **A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. In: DE PAIVA, Luiz Fernando Valente (coord). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 4. ed. revista e ampliada São Paulo: Atlas, 2009.

MARCHI, Eduardo. **Concurso de Credores e Pactum ut Minus Solvatur**. Itália: 2ª edição, Edizioni Del Grifo, 1999.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de Empresas: de acordo com a lei 11.101, de 09-02-2005**. São Paulo: Manole, 2008.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANDAGE, Scott A. **Born Losers: A History of Failure in America**. Harvard University Press, 2005.

SKEEL, David A. **Debt's Dominion: A History of Bankruptcy Law in America**. Princeton University Press, 2001.

WAISBERG, Ivo. **Direito e Política da Concorrência para os países em desenvolvimento**. São Paulo: Lex Editora, 2006.

WALDRAFF, Célio Horst. **A Nova Lei de Falência e o Direito do Trabalho**. Curitiba: Genesis, 2005.

ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho; ZANOTI, André Luiz Depes. **A preservação da empresa sob o enfoque da nova lei de falência e de recuperação de empresas**. LEX: Revista do Direito Brasileiro, São Paulo, n.29, p.15, set./out. 2007.

CRETELLA NETO José, **Nova lei de Falências e Recuperação de Empresas** 1º edição, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FURTADO Celso, **Formação Econômica do Brasil** 32 Edição, 2003 – Companhia Editora Nacional.

CHARVERIAT, MARTIN. **Défaillances d'entreprises**. Levallois: Editions Francis Lefebvre 1997.

Porter, Katherine and Deborah Thorne. 2006. **"The Failure of Bankruptcy's Fresh Start."** *Cornell Law Review*

CLARO, Carlos Roberto. **Recuperação Judicial: Sustentabilidade e Função Social da Empresa**. Dissertação de Mestrado, Curitiba, UNICURITIBA

CEREZETTI, Sheila Cristina Neder. **O papel dos credores no Bankruptcy Code**. RDM 151/152 (jan./dez.-2009), São Paulo: Malheiros

TABB, Charles Jordan. **The Law of Bankruptcy**. Westbury, The foundation Press, 1997

MIRANDA VALVERDE, Trajano de. **Comentários à Lei de Falências: Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945**. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1948.

<<http://www.uscourts.gov/FederalCourts/Bankruptcy.aspx>> Acesso em: 01/10/2014.

<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8516/Breves-consideracoes-sobre-a-nova-Lei-de-Falencias>> Acesso em: 01/10/2014.

<https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/doutrina/doc/a_nova_lei_de_falencias.doc> Acesso em: 01/10/2014.

< <http://www.texasbankruptcylaw.com/exemptions.html> > Acesso em 19 outubro 2014.

<<http://www.economist.com/news/united-states/21597929-bondholders-choke-citys-restructuring-proposals-cram-down>> Acesso em 23 de novembro de 2014.

<<http://www.economist.com/blogs/democracynamerica/2014/11/detroits-bankruptcy-plan>> Acesso em 23 de novembro de 2014.

<<<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,so-1-das-empresas-sai-da-recuperacao-judicial-no-brasil-imp-,1085558>>> Acessado em 02 de novembro de 2014.

<<http://www.reuters.com/article/2012/03/06/us-lehman-idUSTRE8250WY20120306>>, acesso em 12 de dezembro de 2014.

<<http://www.bloomberg.com/news/2010-09-23/blockbuster-video-rental-chain-files-for-bankruptcy-protection.html>>, acessado em 13 de dezembro de 2014.