

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**RAFAEL ALEXANDRE SOARES BARBOSA**

**A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E O CONFLITO DE INTERESSES DOS  
CREDORES NA DELIBERAÇÃO SOBRE O PLANO DE RECUPERAÇÃO  
EMPRESARIAL**

**CURITIBA  
2009**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**RAFAEL ALEXANDRE SOARES BARBOSA**

**A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E O CONFLITO DE INTERESSES DOS  
CREDORES NA DELIBERAÇÃO SOBRE O PLANO DE RECUPERAÇÃO  
EMPRESARIAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Carlos Joaquim de O. Franco

**CURITIBA  
2009**

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o conflito de interesses na Assembléia Geral de Credores que irá deliberar sobre o plano de recuperação da empresa em crise, que poderá culminar em afronta à preservação da empresa. Será abordada, inicialmente, a mundança de foco trazida pela Lei 11.101/05, a qual sepultou o espírito de cessação das atividades negociais do devedor, que inspirava o Dec. Lei 7.661/45, para iluminar, sempre que viável, a preservação da empresa. Por conseguinte, será dado ênfase ao instituto da recuperação empresarial e ao seu princípio norteador, qual seja, a preservação da empresa, bem como se analisará a conformidade constitucional deste. Adiante, a preocupação habitará, propriamente, na Assembléia Geral de Credores, órgão incumbido pela Lei 11.101/05 para deliberar sobre o plano de recuperação da empresa em dificuldades. Nesse ponto, será visto que, embora tal órgão seja concebido para que os credores atuem em comunhão de interesses, tal atuação poderá ser preterida por interesses egoísticos, que almejem o imediato recebimento do crédito em detrimento da manutenção da atividade empresarial. Desta atuação individualista, portanto, poderá resultar a rejeição de um plano de recuperação consistente, o que, na literalidade da LRE, culminaria na falência do devedor. Posto isso, o trabalho cuidará, por fim, do papel do juiz frente à rejeição do plano pelos credores. Caso a rejeição se pautar na inviabilidade da empresa em crise, a decretação da falência desta se mostrará de rigor, eis que os maléficos efeitos da empresa em mal funcionamento podem se espraiar para os entes a ela ligados, como credores, trabalhadores e a própria sociedade humana. De outra banda, em se baseando a rejeição do plano numa atuação egoística dos credores, tem-se que, contrariamente ao imposto no art. 56, §4º da LRE, poderá o juiz conceder a recuperação judicial à empresa, tendo em vista o princípio da preservação da empresa e sua função social, que se compatibilizam com a principiologia da Ordem Econômica e Financeira Nacional (art. 170 da CF/88) e coadunam com a satisfação do bem comum em detrimento da realização de interesses particulares.

Palavras-chave: “Recuperação empresarial”; “Assembléia Geral dos Credores”; “Conflito de interesses”; “Plano de recuperação”; “Preservação da empresa”.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>01</b>
<b>2. O INSTITUTO DA CONCORDATA E O CARÁTER DE DESAPARECIMENTO DA EMPRESA NO Dec. Lei 7.661/45.....</b>	<b>04</b>
2.1 A concordata e sua evolução no direito falimentar brasileiro.....	05
2.2 Aspectos legais que caracterizavam o desaparecimento da empresa no Dec. Lei 7.661/45 e a necessidade de uma nova legislação falimentar.....	08
<b>3. O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL E A MUDANÇA DE FOCO TRAZIDA PELA Lei 11.101/05.....</b>	<b>14</b>
3.1 Recuperação judicial.....	17
3.2 Recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte.....	25
3.3 Recuperação extrajudicial.....	28
<b>4. A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E SUA CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>33</b>
4.1 A empresa em crise remediável.....	33
4.2 A preservação da empresa e os demais princípios da recuperação empresarial.....	36
4.3 A preservação da empresa e a Ordem Econômica e Financeira Nacional na CF/88.....	41
<b>5. DO POSSÍVEL CONFLITO DE INTERESSES NA DELIBERAÇÃO SOBRE O PLANO DE RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL.....</b>	<b>47</b>

5.1 A Assembléia Geral de Credores e a forma legal de se obter a aprovação do plano de recuperação empresarial.....	47
5.2 Os interesses contrapostos na deliberação sobre o plano de recuperação empresarial.....	53
5.3 Dos efeitos da deliberação dos credores sobre o plano de recuperação empresarial.....	60
<b>6. O PAPEL DO JUIZ FRENTE À DELIBERAÇÃO SOBRE O PLANO DE RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL.....</b>	<b>63</b>
6.1 Posicionamento doutrinário sobre o papel do juiz frente à deliberação da Assembléia Geral de Credores acerca do plano de recuperação empresarial.....	64
6.2 A preservação da empresa e a não vinculação do juiz ao deliberado pelos credores.....	68
<b>7. CONCLUSÃO.....</b>	<b>75</b>
<b>8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>80</b>
<b>9. ANEXO.....</b>	<b>84</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Hodiernamente, já não se discute acerca da importância que a empresa detém em nossa sociedade. Trata-se, sem dúvidas, de uma instituição social da qual dependem, diretamente, o trabalhador a ela vinculado, cujo salário auferido serve à própria subsistência e de sua família; a população em geral, que tem suas necessidades satisfeitas pelos bens e serviços ofertados pela atividade empresarial; os cofres públicos, que possuem na atividade empresarial uma inafastável fonte de receitas tributárias. Somam-se a estes, ainda, os agentes ligados à empresa de forma indireta, como os investidores e fornecedores, que contemplam toda uma cadeia econômica que circunda os negócios exercidos pelo empresário.

Logo, concebendo-se que empresa concentra um feixe de interesses ao seu redor, certo é que a sua preservação se faz necessária em momentos de instabilidade enfrentados pelo empresário, dado que os efeitos advindos de uma eventual falência se alastrariam pela sociedade como um todo, sobretudo no meio social no qual a falida está inserida, no qual trabalhadores perderiam empregos e consumidores ficariam desprovidos dos bens que lhes eram até então ofertados.

Tal propósito, como será enfrentado no Capítulo I do presente estudo, não estava presente no Dec. Lei 7.661/45, que regeu durante sessenta anos a situação das empresas brasileiras que atravessavam dificuldades econômico-financeiras. Tal diploma legal, que positivava o instituto da concordata como instrumento a ser utilizado pelo comerciante em crise, se tornou, na prática, inócuo, visto que prestigiava a satisfação dos credores e a liquidação da concordatária, em detrimento da tentativa de sua recuperação. Suas características formais, como a não abrangência de créditos trabalhistas e fiscais, conferiam poucas possibilidades ao devedor de efetivamente conseguir êxito na superação da crise, de modo que poucas empresas brasileiras que se socorreram a tal instituto permaneceram ativas.

Posto tal panorama legal retrógrado e ineficiente em razão da atividade empresarial brasileira que se desenvolveu ao longo da segunda metade do sec. XX, passa-se ao Capítulo II, que tratará do instituto da recuperação empresarial, trazido Lei 11.101/05. Esta revogou a sexagenária lei falimentar de 1945 e, também, suplantou o

espírito de extinção da empresa por esta consagrado. Sobretudo através do instituto da recuperação empresarial, veio a privilegiar e objetivar a preservação da empresa em crise, dando ao empresário possibilidades de elaborar um plano de com inúmeras estratégias de recuperação a serem desenvolvidas no trajeto de restabelecimento do equilíbrio de seus negócios.

Adiante, no Capítulo III, será abordado o aspecto constitucional da preservação da empresa. Isto é, far-se-á uma ligação dos princípios expressamente positivados pelo legislador de 2005 para a recuperação empresarial, como a manutenção da fonte produtora, a manutenção dos postos de trabalho, a satisfação do interesses dos credores, com os princípios constitucionais que informaram os ditames positivados no art. 47 da LRE. Nessa linha, serão enfatizados os princípios apregoados no art. 170 da CF/88, que versam sobre a Ordem Econômica e Financeira Nacional, eis que, sendo a empresariedade efetivamente uma atividade econômica, seu exercício e preservação deverão se pautar naqueles princípios.

Já no Capítulo IV a discussão será estabelecida em torno da Assembléia Geral de Credores. Este órgão foi incumbido pelo legislador de 2005 como responsável pela deliberação sobre o plano de recuperação da empresa, o qual, se for aprovado, acarretará na concessão da recuperação ao interessado e, se rejeitado, culminará na falência deste, conforme determina o art. 56, §4º da LRE. O problema central reside no fato dos interesses creditícios envolvidos no processo de recuperação serem contrapostos, sobretudo os dos credores trabalhistas, que, em tese, tendem a almejar a continuidade da empresa e, dos credores com garantia real e dos quirografários, que geralmente estarão movidos pelo desejo de recebimento imediato de seus créditos. Por conseguinte, tal conflito de interesses entre os credores pode acarretar na rejeição do plano de recuperação da empresa, que resultará na falência desta não pela sua viabilidade econômica, mas por interesses egoísticos dos credores. Nessa linha, será demonstrado que, embora os credores devam ter seus interesses protegidos no processo de recuperação, não poderão exercer abusivamente tal poderio que lhes foi dado pelo legislador, sob pena de afronta ao norte interpretativo maior destacado na LRE, qual seja, a preservação da empresa economicamente viável.

Por derradeiro, no Capítulo V, será rechaçada a interpretação gramatical do

art. 56, §4º da LRE, que vincula o juiz ao deliberado pelos credores. Dessa forma, pondo fim ao presente trabalho, será visto que o julgador, frente à rejeição do plano de recuperação por parte dos credores, deverá ponderar os interesses destes com os outros interesses envolvidos no processo de recuperação da empresa, de forma a, quando possível e viável, evitar a falência, prestigiar a preservação desta e, assim, resguardar o interesse público que envolve o instituto da recuperação empresarial trazido pela Lei 11.101/05.



## 2. O INSTITUTO DA CONCORDATA E O CARÁTER DE DESAPARECIMENTO DA EMPRESA NO Dec. Lei 7.661/45.

Uma dos legados da antiguidade é que, naquela época, à luz do Direito Romano, já se faziam presentes instrumentos que possibilitavam ao devedor evitar que chegasse ao decreto de sua falência, a qual, neste período, era marcada não só por danosas repercussões sociais, mas também refletia pessoalmente sobre o falido.

Conforme ensina AMADOR PAES DE ALMEIDA:

foi assim com a *induciae quinquennales* (*induciae*, arum = pazes tréguas, *quinquennales* = de cinco em cinco anos, que dura cinco anos), inicialmente concedida pelo imperador e que ensejaria ao devedor o pagamento das suas dívidas em prazo que não podia ultrapassar cinco anos, possibilitando-lhe a *exceptio moratoria* (*exceptio, onis* = exceção, objeção; *moratoria*, *moratotirus* = que demora, que dilata), contra os credores.<sup>1</sup>

Nesta época, portanto, embora não existisse o instituto da concordata com suas feições modernas, pode-se dizer que existiam soluções com vistas ao abrandamento da situação do devedor insolvente.

Já a concordata tal como enxergada hodiernamente tem suas raízes fixadas na Idade Média, quando efetivamente se consolidou, se espraiando da Itália, onde mais fortemente se manifestou, para outros países do continente Europeu. Isto é, o instituto surgiu em meio aos usos e costumes dos mercadores italianos, substituindo as sanções pessoais que poderiam recair sobre o devedor e possibilitando aos credores agirem conjuntamente no intuito de evitarem prejuízos a si mesmos e à sociedade em geral.

Consoante RUBENS REQUIÃO:

O instituto se delineou no sec. XIII, quando o processo coletivo compreendendo a liquidação dos bens do devedor substituiu as sanções pessoais de execução privada, conhecida no direito bárbaro e no direito feudal. Só então, escreve Rocco, os credores, reunidos por um destino comum em face da insolvência do devedor se interessaram em tratar coletivamente com ele; nesse caso, uma deliberação de maioria da comunhão creditícia era comum. E tudo indicava aos credores a formação de um pacto com o falido.<sup>2</sup>

Assim, atribuí-se ao período medieval a possibilidade conferida a credores e

---

<sup>1</sup> PAES DE ALMEIDA, Amador. **Curso de falência e concordata**. 17ª ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. Pág. 381.

<sup>2</sup> REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1955. Pág. 8.

devedor de firmarem genuínos acordos, no intuito de atenuar as dificuldades econômicas e financeiras do devedor, evitando que este chegasse ao ruinoso estado falimentar.

## 2.1 – A concordata e sua evolução no direito falimentar brasileiro

Em termos legais, a concordata se subdividia em preventiva e suspensiva, esta com escopo de suspender a falência e a conseqüente liquidação dos bens do devedor, restabelecendo-o no exercício dos seus negócios e, aquela, como se infere do seu próprio nome, com intuito de prevenir e evitar a falência.

Tais modelos, por sua vez, poderiam ser classificados em termos procedimentais, sendo a concordata amigável ou extrajudicial processada “à margem do âmbito judicial, de modo a prescindir da prestação jurisdicional”<sup>3</sup> e a contenciosa ou judicial “proposta perante o magistrado, e à qual se podem opor os credores”<sup>4</sup>.

A chegada do instituto ao Brasil se deu, primordialmente, com o modelo de concordata suspensiva, obtida no curso da falência, conforme previa o art. 847 do Código Comercial de 1850<sup>5</sup>. O ponto característico deste modelo, naquela época, residia no fato de que, para ser concedida, haveria de sujeitar-se à concordância dos credores, “não se admitindo a sua concessão ao devedor que fosse julgado com culpa ou fraudulento”<sup>6</sup>.

Um pouco mais adiante, em 1890, mediante ativa participação de Carlos de Carvalho na elaboração do Dec. 917, introduzisse no direito pátrio a concordata preventiva<sup>7</sup>, nas espécies judicial e extrajudicial, as quais, grosso modo, visavam

---

<sup>3</sup> REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985. Pag. 7.

<sup>4</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>5</sup> Código Comercial de 1850, Art. 840 - para ser válida a *concordata suspensiva* da falência, exige-se que seja concedida por um número tal de credores que represente pelo menos a maioria destes em número, e dois terços no valor de todos os créditos, sujeitos aos efeitos da concordata. Tal quórum foi reduzido no Dec. 3.065, de 1882, que passou a exigir a aprovação da maioria dos credores para concessão da concordata suspensiva.

<sup>6</sup> PAES DE ALMEIDA, Amador. **Curso de falência e concordata**. 17 ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. Pág. 380.

<sup>7</sup> Dec. 917 de 1890, Art. 120 – O devedor, com firma inscrita no registro do comércio, que, antes do protesto por falta de pagamento de obrigação comercial, líquida e certa, tiver feito extrajudicialmente algum acordo ou

possibilitar ao devedor uma maneira de prevenir a decretação da falência de seus negócios, evitando os maléficos efeitos que pudessem advir desta.

Assim, a partir deste momento, assentaram-se no direito pátrio as duas espécies de concordata historicamente concebidas, suspensiva e preventiva, as quais se consubstanciavam em acordos conciliatórios entre credor e devedor, teleologicamente orientados à resolução dos conflitos creditícios existentes em virtude da situação insolvente do devedor, visando a prevenção ou suspensão da falência deste.

Tal sistema legal previsto desde o Brasil Imperial, estruturado entre concordatas preventiva e suspensiva, de feição negocial, regido pela anuência dos credores para serem concedidas, perdurou durante a evolução da legislação falimentar brasileira. Permaneceu na Lei 859 de 1902, que procurou, sem sucesso, corrigir algumas falhas do Dec. anterior; firmou-se na Lei 2.024 de 1908, cujo projeto foi elaborado por Carvalho de Mendonça, ressaltando-se que tal normação mercantil extinguiu a concordata (ou acordo) extrajudicial criada pelo Dec. de 1890, fixando apenas a modalidade de concordata judicial; atravessou o Dec. 5.746/29 e sofreu radical alteração no projeto elaborado<sup>8</sup> por Trajano de Miranda Valverde, que culminou no Dec. Lei 7.661/45, o qual “pôs fim à exigência da aprovação prévia dos credores para sua concessão, assumindo a feição de favor judicial concedido pelo juiz”<sup>9</sup>. De ressaltar, ainda, que tal Dec. Lei continuou desconsiderando a concordata extrajudicial, de modo que, salvo quando os credores, em inafastável unanimidade, consentissem em obter solução extrajudicial, a concordata no diploma legal de 1945 seria sempre um

---

concordata com os credores, representando pelo menos  $\frac{3}{4}$  da totalidade do passivo, deverá requerer, sem demora, a homologação pelo juiz comercial com jurisdição na sede de seu principal estabelecimento, e, obtida ela, não poderá ser declarado falido.

<sup>8</sup> O Dec. Lei 7.661/45 erigiu do anteprojeto elaborado por uma Comissão composta pelos professores Joaquim Canudo Mendes de Almeida, Filadelfo Azevedo e Sílvio Marcondes Machado, publicado em 1943. Todavia, o projeto apresentado por estes juristas inspirou-se substancialmente no elaborado por Trajano de Miranda, quando, em 1939, foi designado pelo Ministério da Justiça para apresentar um anteprojeto da lei de falências, o qual, após concebido, foi publicado em 1940. Diz-se que o jurista “*mostrou-se, com toda a razão, profundamente magoado com a Comissão pois, na Exposição de Motivos do Dec. Lei 7661, de 21.06.1945, nem uma menção sequer foi consagrada a Valverde, o verdadeiro inspirador da nova lei de falimentar*” (CRETILLA NETO, José. **A nova lei de falências e recuperação de empresas: lei 11.101, de 09/02/2005**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Pág. 8).

<sup>9</sup> PAES DE ALMEIDA, Amador. **Curso de falência e concordata**. 17 ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. Pág. 381.

caminho pavimentado pela intermediação judicial.

Nessa linha de raciocínio, no que pertine à natureza jurídica da concordata positivada no Dec. Lei 7.661/45<sup>10</sup>, WALDO FAZZIO JUNIOR dita que:

a unanimidade dos juristas brasileiros reconhece na concordata um favor legal, concedido pelo juiz, reservado ao comerciante honesto e mal sucedido na mercancia, mas que ainda reúne condições econômicas para solucionar seu passivo, totalmente, em determinado prazo, ou parcialmente à vista, sem prejuízo para os credores.<sup>11</sup>

Isto é, o diploma legal de 1945, tal qual seus antecessores, continuou prevendo as duas espécies de concordatas (preventiva e suspensiva) já consagradas no Brasil desde o final do sec. XIX, retirando, porém, das mãos dos credores, o poder de decidirem sobre a concessão ou não deste benefício legal ao devedor. Desta feita, tal diploma legal não abarcou a concepção tradicional que conceituava a concordata como um acordo especial entre o devedor e seus credores, passando a tratá-la, por outro lado, como um favor legal.

Conforme WALDO FAZZIO JUNIOR:

a lei brasileira afastou da concordata a sua natureza contratual, preferindo judicializá-la, fiel ao princípio de que o processo é o instrumento adequado para composição dos conflitos de pretensões, cuidando para que se preserve a par conditio creditorum e ensejando a preservação do estabelecimento comercial.<sup>12</sup>

No mesmo sentido, PONTES DE MIRANDA, à época, assentou que:

O nome concordata esvaziou-se do seu conteúdo, que era o acordo. Hoje, no sistema jurídico brasileiro e noutros sistemas jurídicos, abstrai-se qualquer concordância, ou acordança. Os credores quirografários são sujeitos passivos na ação de decretação de concordata, ou, simplesmente, ação de concordata.<sup>13</sup>

## **2.2 – Aspectos legais que caracterizavam o desaparecimento da empresa no Dec. Lei 7.661/45 e a necessidade de uma nova legislação falimentar.**

<sup>10</sup> Dec. Lei 7661/45, Art. 139 – A concordata é preventiva ou suspensiva, conforme for pedida em juízo antes ou depois da declaração da falência.

<sup>11</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falências e concordatas comentada**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. Pág. 252.

<sup>12</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>13</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo XXVIII. São Paulo: Editora RT, 1984. Pág. 34.

Como visto, o Dec. Lei 7.661/45 retirou das mãos dos credores a concessão da concordata, conferindo a esta um aspecto de favor legal e revestindo-a, a rigor, de uma natureza jurídica eminentemente processual. Nessa linha de raciocínio, SAMPAIO DE LACERDA, citado por Amador Paes de Almeida, conceitua a concordata na legislação de 1945 como sendo “o ato processual pelo qual o devedor propõe em juízo melhor forma de pagamento a seus credores, a fim de que concedida pelo juiz, evite ou suspenda a falência”<sup>14</sup>.

A inovação cristalizada na irrelevância da vontade dos credores para concessão da concordata<sup>15</sup>, em tese, poderia facilitar a sua obtenção, dado que, atendidas as exigências legais por parte do devedor, estaria este apto a buscar o indispensável equilíbrio econômico para o desempenho de seus negócios.

Todavia, a outorga de tal favor legal precedia de um rigorismo formal característico do Dec. Lei 7.661/45, o qual positivava uma série de impedimentos e requisitos para que o devedor dela se beneficiasse.

No que pertine aos impedimentos, têm-se os que estavam elencados no art. 140 do citado Dec. Lei, como o que impossibilitava o devedor de, quando cumprida a concordata, requerê-la novamente em prazo menor do que cinco anos ou, quando não cumprida, pleiteá-la outra vez a qualquer tempo<sup>16</sup>. Haviam também os impedimentos endereçados ao devedor que deixou de requerer falência no prazo de trinta dias do vencimento da obrigação líquida<sup>17</sup> ou que tivesse sido condenado por crime falimentar ou contra o patrimônio, fé pública, economia popular etc<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> PAES DE ALMEIDA, Amador. **Curso de falência e concordata**. 17 ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. Pág. 383.

<sup>15</sup> Nesse sentido, TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, citado por Amador Paes de Almeida, criticava o poder dado aos credores na concessão da concordata, como imperava na legislação falimentar brasileira até a edição do Dec. Lei 7.661/45. Elogiando este diploma legal, citado comercialista afirma que “*se a concordata é um favor, que a lei concede ao devedor honesto e de boa fé, injustificável é, ao nosso ver, o sistema geralmente adotado de deixar ao arbítrio exclusivo da outra parte – a maioria dos credores – a concessão ou não desse favor*”. (PAES DE ALMEIDA, Amador. **Curso de falência e concordata**. 17 ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. Pág. 381).

<sup>16</sup> Dec. Lei 7661/45, Art. 140 - não pode impetrar concordata: ... IV – o devedor que há menos de cinco anos houver impetrado igual favor ou não tiver cumprido concordata há mais tempo requerida.

<sup>17</sup> Dec. Lei 7661/45, Art. 140 - não pode impetrar concordata: ... II – o devedor que deixou de requerer a falência no prazo do art. 8º.

<sup>18</sup> Dec. Lei 7661/45, Art. 140 - não pode impetrar concordata: ... III – o devedor condenado por crime falimentar, furto, roubo, apropriação indébita, estelionato e outras fraudes, concorrência desleal, falsidade, peculato,

A par de tais impedimentos, quando não configurados, se fazia necessário que o devedor cumprisse os requisitos elencados no art. 158 do mesmo diploma legal para, somente assim, se beneficiar da concordata. Mediante tal dispositivo, deveria o concordatário: a) exercer regularmente o comércio há mais de dois anos; b) possuir ativo cujo valor corresponda a mais de cinquenta por cento do seu passivo quirografário; c) não ser falido ou, se o foi, estarem declaradas extintas as suas responsabilidades; d) não ter título protestado por falta de pagamento.

Alguns desses requisitos possuíam sua importância e se justificavam como, *v.g.*, o que vedava o devedor, quando exercente de atividade comercial há menos de dois anos, se beneficiar da concordata. Assim, só com o exercício regular do comércio por certo tempo poder-se-ia apreciar se o devedor impetrante da concordata se enquadrava dentre os que agiram de boa-fé e honestamente, conquanto não tivesse logrado êxito em seus negócios. Ou seja, objetivava a LFC evitar que a concordata fosse utilizada por comerciantes aventureiros, possibilitando, em certa medida, segurança e preservação aos direitos dos credores.

De outra banda, o pressuposto que atrelava o benefício concordatário somente aos credores quirografários<sup>19</sup> era rigorosamente contestado pelos operadores do direito da época de sua vigência, eis que as principais dificuldades das empresas brasileiras estavam diretamente ligadas a créditos trabalhistas, fiscais, com garantias etc, ou seja, créditos que não poderiam ser atingidos pela concordata. Logo, o benefício da concordata não se configuraria útil e eficiente ao devedor que não possuísse dificuldades com credores quirografários, de modo que seus principais problemas financeiros não seriam contornados mediante tal favor legal.

Dessa forma, a recuperação dos negócios do empresário em dificuldades econômicas e financeiras se mostrava corriqueiramente inatingível. De acordo com

---

contrabando, crime contra o privilégio de invenção ou marcas de indústria e comércio e crime contra a economia popular.

<sup>19</sup> Destaca-se, neste ponto, o art. 147 da LFC, que restringia o alcance da concordata somente aos créditos quirografários. Nos dizeres de FAZZIO JUNIOR, a concordata “*sujeita somente os credores quirografários. Os créditos com garantia real e os privilegiados estão fora da sua órbita. O credor privilegiado só poderá habilitar-se se renunciar ao privilégio. Quem aceita o regime específico da concordata está se despojando do privilégio que o classificaria como preferente*” (FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Lei de falências e concordatas comentada**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. Pág. 268).

## RUBENS APPROBATO MACHADO:

raramente uma empresa em concordata conseguia sobreviver e, mais raramente ainda, uma empresa falida era capaz de desenvolver a continuidade de seus negócios. Foram institutos (a falência e a concordata) que deixavam as empresas sem qualquer perspectiva de sobrevivência. Com a manutenção do modelo constante do Decreto-Lei 7.661, se extinguíam, periodicamente, fontes de produção, geradoras de empregos, de créditos, de tributos, de gerência social e de fonte de fortalecimento da economia brasileira.<sup>20</sup>

O insucesso ao qual estava fadado o comerciante em dificuldades que pretendesse se beneficiar da concordata pode ser atribuído, em grande medida, à rigorosidade legal da concordata. A série de impedimentos e requisitos legais acabava por obstar a continuidade das atividades desenvolvidas pelo comerciante, fazendo com que o instituto se apresentasse defasado em relação à contemporânea atividade empresarial brasileira.

O Brasil, na época da edição da LFC, continha a atividade empresarial pouco desenvolvida, pautada em pequenos comércios, sendo a economia nacional movimentada, primordialmente, pela atividade agrícola e por empresas que, quando de maior porte, situavam-se apenas em grandes centros urbanos. Tal panorama econômico foi se modificando, mormente a partir da segunda metade do séc. passado, no qual os efeitos de uma economia globalizada repercutiram no Brasil e fizeram com que a atividade empresarial se desenvolvesse e se consolidasse rapidamente. Desse modo, ante aspectos variáveis, como a internacionalização dos mercados e as incessantes inovações tecnológicas que transformaram os meios de produção, a atividade empresarial em solo brasileiro se desenvolveu e ganhou complexidade que a diversificou sobremaneira do modo como era exercida à época da edição do Dec. Lei 7.661/45, como através do surgimento dos consórcios empresariais, das empresas transnacionais, da produção em larga escala etc.

Nessa conjuntura, para se manter competitivo e em consonância com as especificidades e exigências do mercado globalizado, o empresário ficou exposto aos mais variados riscos que poderiam atingir sua atividade, situação que clamava por um sistema falimentar eficiente, que lhe desse proteção em momentos de dificuldades e que protegesse, também, a própria empresa, haja vista a importância social desta. Tal é

---

<sup>20</sup> MACHADO, Rubens Approbato. **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. Rubens Approbato Machado (coord.). 2ª ed. São Paulo: Quarter Latin, 2007. Pág. 22.

o pensamento de JORGE LOBO, citado por Marcelo de Oliveira, para quem, modernamente, os agentes que colocam as empresas em crise são variados, sendo tanto externos<sup>21</sup>, como internos<sup>22</sup> ou acidentais<sup>23</sup>, de modo que:

diante de tão diferentes causas, que atingem a empresa; os acionistas empresários; os acionistas rendeiros; os acionistas especuladores; os empregados; os fornecedores; as instituições financeiras; os consumidores; o crédito público; o Poder Público e a coletividade como um todo, qual a solução prevista no Decreto-lei 7.6661/45 para evitar a derrocada da empresa em crise? Apenas a concordata preventiva da falência, solução que, se, em 1945, era a única cogitável, atualmente deixa muito a desejar, pois em desacordo como a finalidade precípua do moderno Direito Concursal.<sup>24</sup>

Vale dizer que, na falta de uma legislação moderna e adequada, tal qual já possuíam países estrangeiros – como a França, Itália entre outros, a Jurisprudência ganhou papel fundamental na interpretação e aplicação dos dispositivos legais que tratavam das empresas em dificuldades, a fim de contornar a rigorosidade imposta pelo legislador de 1945.

Cite-se, no particular, WALDIRIO BULGARELLI, quando na vigência da LFC, asseverou que:

nossa lei atual de falências, o Dec.-lei 7.661/45, vem se sustentando graças a uma interpretação extensiva e evolutiva proposta, debatida e exigida pelos operadores do Direito – no caso, os advogados e a doutrina – que orientam a Jurisprudência a respeito. Como exemplo paradigmático, aí está a concordata, em que se criou a regra pretoriana de se concedê-la, mesmo havendo protestos, o que chegou a levar um juiz na sentença que a declarou, a observar que “é verdade que a lei impede, mas foi revogada pela jurisprudência”.<sup>25</sup>

Houve, portanto, uma série de críticas doutrinárias durante a vigência do Dec. Lei 7661/45, além de construções jurisprudenciais que proporcionaram adaptá-lo e

<sup>21</sup> Aperto da liquidez dos bancos; redução de tarifas alfandegárias; liberação das importações; mudanças nas políticas cambial, fiscal e creditícia; criação de impostos extraordinários; surgimento de novos produtos; queda da cotação dos produtos agrícolas nos mercados internacionais; retração do mercado consumidor; altas taxas de juros; inadimplemento dos devedores, inclusive do próprio Estado.

<sup>22</sup> Sucessão do controlador; desentendimento entre sócios; capital insuficiente; avaliação incorreta das possibilidades de mercado; desfalque pela diretoria; operações de alto risco; falta de profissionalização da administração e mão-de-obra não qualificada; baixa produtividade; excesso de imobilização e de estoques; obsolescência dos equipamentos; redução das exportações; investimento em novos equipamentos.

<sup>23</sup> Bloqueio de papel moeda no Bacen; maxidesvalorização da moeda nacional; situação econômica anormal da região, do país ou do mercado consumidor estrangeiro; conflitos sociais.

<sup>24</sup> OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Comentários à nova lei de falência**. São Paulo: Thomson-IOB, 2005. Pág. 19.

<sup>25</sup> BULGARELLI, Waldirio. **O novo direito empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar. 1999. Pag. 154.



contextualizá-lo à realidade empresarial brasileira, como ocorreu com o pressuposto que obstava o devedor com títulos protestados de obter a concordata, o qual foi paulatinamente sendo mitigado pela Jurisprudência, conforme entendimento cristalizado na Súmula 190 do STF<sup>26</sup>.

Nesse sentido, o seguinte julgado:

**CONCORDATA PREVENTIVA – COMERCIANTE COM ALGUNS TÍTULOS PROTESTADOS NO TRINTÍDIO QUE ANTECEDE O PEDIDO – FATO QUE NÃO OBSTA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO – DECRETO DE FALÊNCIA AFASTADA.** *A ocorrência de poucos protestos tirados no trintídio que antecede o pedido de concordata, no prazo que a lei estabelece para a providência da autofalência, a que se refere o art. 8º da Lei falimentar, não constitui impedimento à obtenção do benefício, que tenha virtude evitar os efeitos mais deletérios da decretação da quebra comercial.* (TJSP – AI – 176.963-1/8 – 5ª C. – J. – 03.09.92 – Rel. Des. Márcio Bonilha – RT 695/94).

Desse modo, a partir da rigidez e defasagem do diploma de 1945, fazia-se necessário uma Lei que não restringisse sua proteção à figura dos credores e seus direitos, mas iluminasse a empresa e os interesses econômicos e sociais que a cercam, possibilitando ao empresário (ou comerciante, como o tratava a LFC), ainda que em dificuldades momentâneas, se beneficiar de um instrumento legal que lhe permitisse se restabelecer e continuar no exercício de seus negócios, desde que este fosse economicamente viável.

Tal propósito, como será visto adiante, foi alcançado mediante a Lei 11.101/05, a qual substituiu o quase sexagenário Dec. Lei n 7.661/45. Sobretudo a partir do instituto da recuperação empresarial, consagrador do princípio da manutenção da empresa, a nova lei falimentar veio atender às exigências econômicas e sociais da atividade empresarial brasileira praticada atualmente, possibilitando às empresas recuperáveis que se reequilibrem econômica e financeiramente, mantendo-se operantes e ativas no mercado.

Assim se posiciona CELSO MARCELO DE OLIVEIRA ao ensinar que a LFC:

não veio atender a dinâmica da vida empresarial nem a realidade socioeconômica do nosso País. Com o passar do tempo acabou ficando ultrapassado, tendo em vista, a economia ter se tornado competitiva e sujeita às pressões da globalização dos mercados. Em decorrência desse fator, a nova

---

<sup>26</sup> Súmula 190 do STF - O não-pagamento de título vencido há mais de trinta dias, sem protesto, não impede a concordata preventiva.

Lei de Falência vem redefinir o Direito Falimentar brasileiro, tendo como escopo a recuperação das empresas viáveis, garantindo a sua permanência no mercado e, com isso, evitando a redução de empregos e o desaquecimento econômico.<sup>27</sup>

### **3. O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL E A MUDANÇA DE FOCO TRAZIDA PELA Lei 11.101/05.**

Conforme exposto no capítulo anterior, o Dec. Lei 7.661/45, disciplina legal que regeu durante sessenta anos a situação das empresas brasileiras em crise econômico-financeira, estava norteado pelo caráter de desaparecimento das atividades negociais do devedor.

Consoante assinala RUBENS APPROBATO MACHADO:

---

<sup>27</sup> OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Comentários à nova lei de falências*. São Paulo: Thomson-IOB, 2005. Pág. 22.

A falência (com a previsão da continuação do negócio) e a concordata, ainda que timidamente permitissem a busca da recuperação da empresa, no decorrer da longa vigência do Decreto-lei 7.661/45 e ante as mutações havidas na economia mundial, inclusive com a sua globalização, bem assim nas periódicas e inconstantes variações da economia brasileira, se mostraram não só defasadas, como também se converteram em verdadeiros instrumentos de própria extinção da atividade empresarial.<sup>28</sup>

Tem-se, portanto, que o sistema anterior caracterizava-se por ser eliminatório das empresas em situação pré-falimentar, circunstância que, a cada dia, reivindicava mudanças e inovações legislativas, voltadas, mormente, à manutenção da empresa, a qual se constitui inegável instituição social geradora de empregos, tributos e vários outros benefícios à sociedade humana como um todo.

Conforme aponta PAULO F. C. SALLES DE TOLEDO, citado por Julio Kahan Mandel:

a realidade econômica para a qual se dirigia a Lei de Falências ao entrar em vigor é uma realidade que hoje não mais existe. Com isso, verificou-se a total defasagem entre a Lei de Falências e o que ela visa regular. A maior crítica que se pode fazer à Lei de Falências atual é a de não prever a reorganização da empresa, a de ter a respeito dessa matéria uma visão antiquada, ultrapassada, arcaica e que outros adjetivos possam encontrar.<sup>29</sup>

Logo, certo é que a salutar edição da LRE, através de inovações trazidas ao direito falimentar, veio prestigiar a empresa, a qual, dada a importância social e econômica angariada no transcorrer da segunda metade do séc. passado, não poderia mais ter sua proteção preterida pelo resguardo do interesse particular dos credores, tal como apregoava o sistema concordatário de 1945. Nesse justo sentido é o magistério de MANOEL JUSTINO BEZZERRA FILHO, ao mencionar que a LRE:

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 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.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> MACHADO, Rubens Approbato. **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. Rubens Approbato Machado (coord.). 2ª ed. São Paulo: Quarter Latin, 2007. Pág. 22.

<sup>29</sup> MANDEL, Julio Kahan. **Nova lei de falências e recuperação de empresas anotada: Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. São Paulo: Saraiva, 2005. Pág. 93.

<sup>30</sup> BEZZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova lei de recuperação e falências comentada**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2005. Pág. 129.

Ou seja, a chegada da Lei 11.101/05 modificou o panorama legal retrógrado consagrado na LFC, voltando seus holofotes, sobretudo, à proteção da empresa enquanto atividade econômica organizada e profissionalmente desenvolvida pelo empresário e, conseqüentemente, à proteção da própria economia nacional, a qual se mantém aquecida com o auxílio das empresas em bom funcionamento. Nessa linha de raciocínio, MÁRCIA CARLA P. RIBEIRO é precisa, ao destacar que:

o foco primordial da nova Lei deixa de ser a satisfação dos credores e se desloca para um patamar mais amplo: a proteção jurídica do mercado, o qual, desenvolvendo-se de modo sadio, potencialmente atua em benefício da sociedade como um todo e do crescimento econômico do País.<sup>31</sup>

Dentre as inovações trazidas pela LRE no tratamento das empresas em crise, o instituto da recuperação empresarial goza de grande importância, mormente pela positivação e consagração do princípio da preservação da empresa.

A importância do novel instituto é salientada pela senadora ANA JULIA CAREPA, citada por Celso Marcelo de Oliveira, quando elogia a Lei 11.101/05 e dita que:

um dos grandes méritos apontados na nova Legislação Falimentar é a prioridade dada à manutenção da empresa e dos seus recursos produtivos. Ao acabar com a concordata e criar as figuras da recuperação judicial e extrajudicial, a nova Lei aumenta a abrangência e a flexibilidade nos processos de recuperação de empresas, mediante o desenho de alternativas para o enfrentamento das dificuldades econômicas e financeiras da empresa devedora.<sup>32</sup>

Comungando do mesmo entendimento sobre o mecanismo da recuperação, LIDIA VALÉRIO MARZAGÃO menciona que:

o legislador cuidou de trazer a definição de recuperação judicial, uma das espécies de recuperação da empresa, como a possibilidade que tem o devedor de superar a situação de crise econômico-financeira, 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.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> BERTOLDI, Marcelo M e RIBEIRO, Márcia Carla P. **Curso avançado de direito comercial**. 4ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora RT, 2008. Pág. 471.

<sup>32</sup> OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Comentários à nova lei de falências**. São Paulo: Thomson-IOB, 2005. Pág. 13.

<sup>33</sup> MARZAGÃO, Lidia Valério. **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. Rubens Approbato Machado (coord.). 2ª ed. São Paulo: Quarter Latin, 2007. Pág. 80.

Assim como a concordata, a recuperação empresarial tem como destinatário o empresário, individual ou coletivo, em situação de insolvabilidade. Tal circunstância pode ser notada no fato de que tanto os devedores que eram, quando da promulgação da LRE, proibidos de postularem a concordata, ficaram igualmente proibidos de requererem a recuperação empresarial<sup>34</sup>.

Todavia, as semelhanças entre os institutos são restritas ou praticamente inexistentes. Há de se destacar que o ponto nodal da recuperação empresarial se encontra na preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, mediante a apresentação, pelo requerente, de um plano demonstrativo da viabilidade econômica e financeira de soerguimento de seus negócios, diferentemente da concordata, que focava a proteção aos direitos dos credores, oferecendo ao devedor, apenas, uma melhor forma de pagamento destes. No particular, MÁRCIA CARLA. P. RIBEIRO pontua que:

É neste aspecto que a recuperação de empresa difere do antigo instituto da concordata: enquanto aquela permite que os agentes econômicos venham a encontrar o formato mais adequado de providências tendentes ao reerguimento do empresário em crise, a antiga concordata era demasiadamente restrita, ao permitir, tão somente, que uma pequena parte dos débitos do empresário fossem pagos com desconto ou mediante a utilização de um prazo máximo de dois anos<sup>35</sup>.

Daí, portanto, a principal distinção em relação ao sistema legal anterior, o qual, embora intenta-se recuperar a empresa em crise e, principalmente, proteger os direitos do credor, não lograva êxito em qualquer destas projeções, dada a rigidez que lhe era peculiar, fato que acabava, após longo e procrastinatório processo de liquidação perante o Judiciário, por extinguir os negócios do comerciante concordatário.

Dessa forma, por se constituir em instrumento legal no qual poucas empresas conseguiam sobreviver, a concordata acertadamente deu lugar às inovatórias opções trazidas pela LRE, quais sejam: a recuperação judicial (na qual insere-se a especial para microempresas e empresas de pequeno porte) e extrajudicial.

---

<sup>34</sup> Lei 11.101/05, Art. 198 - Os devedores proibidos de requerer concordata nos termos da legislação específica em vigor na data da publicação desta Lei ficam proibidos de requerer recuperação judicial ou extrajudicial nos termos desta Lei.

<sup>35</sup> BERTOLDI, Marcela M e RIBEIRO, Márcia Carla P. **Curso avançado de direito comercial**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2008. Pág. 500.

### 3.1 – Recuperação judicial

Basicamente, pode-se dizer que a recuperação judicial, positivada, sobretudo, nos Capítulos II e III da Lei 11.101/05, visa o saneamento da crise econômico-financeira que assola a sociedade empresária e o empresário. Isto é, constitui, singelamente, uma ação judicial voltada a evitar que a crise na empresa acarrete a falência desta e de quem a explora.

Conforme elucidativa definição de JORGE LOBO, a recuperação judicial:

é um instituto jurídico, fundado na ética da solidariedade, que visa sanear o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária com a finalidade de preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial, garantir a continuidade do emprego e fomentar o trabalho humano, assegurar a satisfação, ainda que parcial e em diferentes condições, dos direitos e interesses dos credores e impulsionar a economia creditícia, mediante a apresentação, nos autos da ação de recuperação judicial, de um plano de reestruturação e reerguimento, o qual, aprovado pelos credores, expressa ou tacitamente, e homologado pelo juízo, implica novação dos créditos anteriores ao ajuizamento da demanda e obriga a todos os credores a ela sujeitos, inclusive os ausentes, os dissidentes e os que se abstiveram de participar das deliberações da assembléia geral.<sup>36</sup>

Do conceito acima exposto, infere-se que a recuperação judicial consiste em um instituto amplo, que veio atender uma série de interesses transcendentais à proteção dos direitos individuais dos credores. É o que se conclui da leitura do art. 47 da LRE<sup>37</sup>, que positiva o princípio da preservação da empresa e sua função social, além de proteger outros interesses atrelados à atividade empresarial, como o dos credores, dos trabalhadores e da própria sociedade humana.

Nesse sentido, imperioso mencionar, novamente, as palavras de JORGE LOBO, quando dita que a recuperação judicial visa um fim múltiplo, que deve ser alcançado não mediante proteção irrestrita dos credores individuais, mas através de:

soluções solidárias e equitativas, que causem o menor sacrifício a todos, dentro

---

<sup>36</sup> LOBO, Jorge. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão (coord.). 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. Págs. 119-120.

<sup>37</sup> Lei 11.101/05, art. 47 - A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

da perspectiva de que se deve priorizar a composição dos interesses conflitantes, raramente convergentes se não houver, de parte a parte, a compreensão e a sensibilidade do que é absolutamente indispensável: salvar a empresa em crise, que demonstre ser econômica e financeiramente viável, com a finalidade precípua de mantê-la empregadora de mão-de-obra, produtora e distribuidora de bens e de serviços, criadora de riquezas e de prosperidade, geradora de impostos e, por igual, ao mesmo tempo, respeitar os direitos e interesses dos credores.<sup>38</sup>

Diversamente do instituto da concordata, a recuperação judicial atinge uma ampla gama dos créditos que o devedor encontra-se em dificuldades para solver, não se restringindo, apenas, aos créditos quirografários.

Da leitura de alguns dispositivos legais da LRE, pode-se dizer que não são abrangidos pela recuperação judicial os créditos posteriores à distribuição do pedido de recuperação; os cingidos em obrigações a título gratuito e os feitos pelo credor para tomar parte na recuperação ou falência, salvo custas judiciais decorrentes de litígio com o devedor<sup>39</sup>; as execuções de natureza fiscal<sup>40</sup>; os créditos decorrentes de alienação fiduciária de bens móveis e imóveis, de arrendamento mercantil, de compra e venda ou promessa de compra e venda de imóveis cujos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, bem como os decorrentes de venda com reserva de domínio<sup>41</sup>; os créditos consubstanciados em quantias entregues ao devedor, em moeda corrente nacional, mediante contrato de câmbio para exportação<sup>42</sup>. A doutrina

<sup>38</sup> LOBO, Jorge. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão (coord.). 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. Pág. 127.

<sup>39</sup> Lei 11.101/05, Art. 5 - Não são exigíveis do devedor, na recuperação judicial ou na falência: I - as obrigações a título gratuito; II - as despesas que os credores fizerem para tomar parte na recuperação judicial ou na falência, salvo as custas judiciais decorrentes de litígio com o devedor.

<sup>40</sup> Lei 11.101/05, Art. 6, §7 - As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperaçãojudicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.

<sup>41</sup> Lei 11.101/05, Art. 49, §3 - Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6o desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

<sup>42</sup> Lei 11.101/05, Art. 86 – Proceder-se-á à restituição em dinheiro: inc. II - da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, §§ 3º e 4o, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais

traça alguns fundamentos para a exclusão de tais créditos da abrangência da recuperação judicial, conforme anota FABIO ULHOA COELHO, ao conceber que:

os fundamentos para a exclusão de cada categoria de credor dos efeitos da recuperação variam. Os credores posteriores à distribuição do pedido estão excluídos porque, se assim não fosse, o devedor não conseguiria mais acesso nenhum a crédito comercial ou bancário, inviabilizando-se o objetivo da recuperação. Os titulares de determinadas garantias reais ou posições financeiras e os bancos que anteciparam recursos aos exportadores em função de contrato de câmbio excluem-se dos efeitos da recuperação judicial para que possam praticar juros menores (com spreads não impactados pelo risco associado à recuperação judicial), contribuindo a lei, desse modo, com a criação do ambiente propício à retomada do desenvolvimento econômico.<sup>43</sup>

O início do processo de recuperação judicial se dá mediante pedido feito em Juízo pelo interessado, devendo a ação ser proposta no foro onde se situa o seu principal estabelecimento, conforme art. 3 da LRE<sup>44</sup>.

O devedor empresário requerente da recuperação judicial deve cumprir os requisitos estipulados no art. 48 da LRE, ou seja, é preciso que demonstre sua regularidade; que exerça atividade empresária há mais de dois anos; que não tenha sido declarado falido nem tenha sido condenado por crime falimentar; que não tenha, nos cinco anos anteriores ao pedido de recuperação, desfrutado desta.

A LRE não se destina ao exercente de qualquer atividade econômica, mas somente àquele empresário definido no art. 966, *caput*, do atual Código Civil, que prestigia a teoria da empresa. Logo, a recuperação judicial tem como ativamente legitimados os que exercem profissionalmente atividade econômica organizada para a

---

prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente;

<sup>43</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação judicial de empresas (Lei 11.101 de 09/02/2005)**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Pág. 131.

<sup>44</sup> Lei 11.101/05, Art. 3 - É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil. Sobre este critério, dispõe MÁRCIA CARLA P. RIBEIRO que “o principal estabelecimento, da forma como definido na lei, exclui o elemento convencional ou formal. O critério escolhido é o fático, aquele pautado na realidade, local onde são praticados efetivamente os atos de gestão da empresa, o seu centro de decisões. Logo, principal estabelecimento é o que se verifica na prática geral, não em convenção. Dessa forma, é possível que a sede seja uma, definida no ato constitutivo, e o principal estabelecimento outro, identificado por aspectos de fato. A opção do legislador visa afastar fraudes, como a indicação de uma sede de difícil acesso, ou de preferência do empresário, em detrimento do real centro de decisões de seus negócios. Por fim, é na sede do principal estabelecimento que os documentos necessários à instrução da recuperação e vários credores serão localizados” (BERTOLDI, Marcela M e RIBEIRO, Márcia Carla P. **Curso avançado de direito comercial**. 4ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora RT, 2008,. Pág. 492).



produção ou circulação de bens ou serviços, estando excluídas de seu alcance as sociedades econômicas de objeto civil<sup>45</sup>, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as instituições financeiras públicas ou privadas, cooperativas de crédito, consórcios, entidades de previdência complementar, sociedades operadoras de plano de assistência à saúde, sociedades de capitalização, sociedades seguradoras e outras delineadas no art. 2º da LRE.

Cumpridos os requisitos acima expostos e, atendidas as exigências documentais do art. 51 da LRE, o juiz ordena o processamento da recuperação judicial. A partir de então, conforme prevê o art. 6º, §4º da mesma lei, tanto o prazo prescricional quanto o curso das execuções em face do devedor estarão suspensos pelo prazo improrrogável de 180 dias<sup>46</sup>. Ademais, surge ao empresário o prazo de 60 (sessenta) dias<sup>47</sup> para apresentação do seu plano de recuperação, contendo as minúcias sobre o estado econômico-financeiro em que se encontra e quais os objetivos a serem cumpridos para a superação da crise que o assola. Conforme MÁRCIA CARLA P. RIBEIRO:

para elaboração deste plano deverá ser realizada uma análise da empresa que considere, além de outros elementos, a sua inserção no mercado e o ramo da atividade desenvolvida. Será neste plano que deverão ser detalhadas as

---

<sup>45</sup> Tais sociedades são aquelas tidas pela lei civil como não empresárias, as quais, conforme MARCIA CARLA P. RIBEIRO, “*têm por objeto a prática de atividade econômica organizada, porém, são afastadas da empresariedade por força de lei, da mesma forma como aparece na legislação italiana, que foi a base do nosso direito de empresa. Nesta categoria estão as sociedades que têm por objeto atividade intelectual, de natureza artística, científica ou cultural, ainda que seja exercida com colaboradores, a menos que a atividade configure elemento de empresa (art. 966, pará. único, do CC); o empresário rural, que pode optar pela empresariedade ou não (art. 971 do CC); as cooperativas e as sociedades reguladas por lei especial (art. 982, pará. único, do CC).*” (BERTOLDI, Marcela M e RIBEIRO, Márcia Carla P. **Curso avançado de direito comercial**. 4ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora RT, 2008,. Pág. 480).

<sup>46</sup> Convém destacar que a improrrogabilidade do prazo de 180 dias, tratada no art. 6, §4º da LRE, já foi mitigada pelo STJ, conforme as peculiaridades de cada caso concreto. Tal foi o entendimento expressado no julgamento do CC nº 73.380/SP, relatado pelo Exmo. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, de cujo voto cabe transcrever o que segue: “*Ora, uma vez aprovado e homologado o plano, contudo, não se faz plausível a retomada das execuções individuais após o mero decurso do prazo legal de 180 dias; a consequência previsível e natural do restabelecimento das execuções, com penhoras sobre o faturamento e sobre os bens móveis e imóveis da empresa em recuperação implica em não cumprimento do plano, seguido de inevitável decretação da falência que, uma vez operada, resultará novamente, na atração de todos os créditos e na suspensão das execuções individuais, sem benefício algum para quem quer que seja*”.

<sup>47</sup> Lei 11.101/05, Art. 53 - O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência...

medidas consideradas necessárias para que, em um lapso temporal pré-estabelecido, seja possível reorganizar o empresário, objetivando sempre a continuação da atividade.<sup>48</sup>

A importância que tem a apresentação de um bem elaborado plano de recuperação é inquestionável, dado que, através das linhas nele delineadas, será possível a concretização do objetivo maior da LRE, qual seja, o reerguimento da empresa em crise. No entender de FABIO ULHOA COELHO:

a mais importante peça do processo de recuperação judicial é, sem sombra de dúvidas, o plano de recuperação judicial. Depende exclusivamente dele a realização ou não dos objetivos associados ao instituto, quais sejam, a preservação da atividade econômica e o cumprimento de sua função social. Se o plano de recuperação é consistente, há chances de a empresa se reestruturar e superar a crise em que mergulhara.<sup>49</sup>

Os meios de recuperação possíveis de serem adotados pelo devedor na confecção do seu plano estão elencados no art. 50 da LRE<sup>50</sup>, sendo este dispositivo legal, contudo, meramente exemplificativo, possuindo o devedor ampla liberdade na escolha das estratégias a serem traçadas no seu soerguimento. Ou seja, “não há o estabelecimento de parâmetros rígidos na lei sobre a extensão das concessões mútuas que serão descritas no plano, o que significa legar seu conteúdo às possibilidades e interesses dos agentes econômicos nele envolvidos”<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> BERTOLDI, Marcelo M e RIBEIRO, Márcia Carla P. **Curso avançado de direito comercial**. 4ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora RT, 2008. Pág. 497.

<sup>49</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 5ª ed., vol III. São Paulo: Saraiva, 2005. Pág. 419.

<sup>50</sup> Lei 11.101/05, Art. 50 - Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; III – alteração do controle societário; IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; VI – aumento de capital social; VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; X – constituição de sociedade de credores; XI – venda parcial dos bens; XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica; XIII – usufruto da empresa; XIV – administração compartilhada; XV – emissão de valores mobiliários; XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

<sup>51</sup>

BERTOLDI, Marcela M e RIBEIRO, Márcia Carla P. **Curso avançado de direito comercial**. 4ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora RT, 2008. Pág. 498.

No momento processual até aqui abordado, isto é, na ocasião em que o juiz manda processar a recuperação, também surge aos credores a possibilidade de se habilitarem e requererem a convocação de assembléia geral.

Em resumo, consoante explanação de MARCIA CARLA P. RIBEIRO:

num primeiro momento, o juiz verificará a existência de condições jurídicas para o processamento do pedido de recuperação judicial da empresa. Caso estejam satisfeitos os requisitos, parte-se para uma análise de cunho predominantemente econômico, caracterizada pela maior participação dos credores. A partir da decisão de processamento, iniciam-se os prazos para habilitação dos credores, para apresentação do plano de recuperação, assim como os credores passam a ter o direito de, nas condições estabelecidas na lei, requerer a convocação de assembléia para constituição de Comitê de Credores que irá atuar durante o regime de recuperação judicial.<sup>52</sup>

De relevar entre as atribuições concernentes à Assembléia Geral de Credores, tem-se que esta votará pela aprovação ou não do plano de recuperação, pelo que ressalta outra diferença em relação ao diploma legal anterior. Neste, os credores eram figuras passivas na concessão da concordata, bastando ao comerciante apenas que preenchesse os requisitos legais para que dela se beneficiasse. Já na nova lei os credores ganham papéis ativos, eis que poderão participar da aprovação do plano de recuperação e, assim, influenciar no rumo que será destinado à empresa em crise.

Após passar pelo crivo da assembléia geral, caso o plano de recuperação reste aprovado, será ele juntado aos autos, conforme prevê o art. 57 da LRE, momento no qual incumbirá ao devedor apresentar as certidões negativas de débitos tributários<sup>53</sup>.

Assim, restando satisfeitos os requisitos legais, o juiz concederá a recuperação judicial ao devedor, nos termos do art. 58 da LRE. Indigitado dispositivo legal ainda prevê, em seu §1º, a possibilidade da recuperação ser concedida sem a aprovação regular do plano em assembléia geral, prevista no art. 45 da LRE, desde

---

<sup>52</sup> BERTOLDI, Marcela M e RIBEIRO, Márcia Carla P. **Curso avançado de direito comercial**. 4ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora RT, 2008. Págs. 488-489.

<sup>53</sup> Tal requisito para a concessão da recuperação judicial encontra ressalvas na doutrina, sobretudo ao se pensar que os créditos tributários constituem grande parte do passivo do devedor que se encontra em dificuldades. Para contornar tal exigência, ressalta-se a possibilidade de apresentação de certidão positiva com efeitos de negativa, caso, nos termos do art. 68 da LRE, tenha sido concedido parcelamento aos débitos tributários do devedor. Nesse ponto, MARCIA CARLA P. RIBEIRO dispõe que “a exigência da certidão negativa pode significar absoluta inviabilização da recuperação judicial. Seria bastante eficiente, em termos de viabilização da recuperação da empresa em dificuldade, a edição de normatização especial com relação ao parcelamento do débito tributário para empresas sujeitas ao regime da LRE” (BERTOLDI, Marcelo M e RIBEIRO, Márcia Carla P. **Curso avançado de direito comercial**. 4ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora RT, 2008. Pág. 483).

que, na mesma assembléia, tenha sido obtido, cumulativamente: a) o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes; b) 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; c) na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

Precioso mencionar que, conforme art. 59 da LRE, o plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos. Todavia, os efeitos da novação só serão conhecidos na hipótese de cumprimento das condições estabelecidas no plano, de modo que, em sendo este desrespeitado pelo devedor, as obrigações novadas voltam às condições originais.

Outrossim, não se trata da novação prevista no art. 360 do CC, que extingue os acessórios e as garantias da dívida. Em verdade, configura-se uma novação *sui generes*, eis que os acessórios e garantias serão excluídos somente através de consentimento do credor, consoante determina o art. 50, §1º, da LRE. Na explicação de MÁRCIA CARLA P. RIBEIRO:

somente se pode falar em novação das obrigações na recuperação quando as suas condições forem totalmente cumpridas, impossibilitando-se aos credores que busquem seus direitos na configuração originária quanto ao empresário que se submeteu à recuperação, e não para a hipótese de convalidação da recuperação em falência. É o que se pode concluir da leitura do art. 61, § 2º, da LRE. Pode-se concluir que a novação prevista no art. 59 se sujeita a uma condição resolutiva, qual seja, o cumprimento do plano.<sup>54</sup>

Quanto à novação tratada no art. 59 da LRE, cabe trazer ao presente estudo a elucidativa explicação posta no julgamento da AC 0562400-6/TJ-PR, de relatoria do Exmo. Des. Jucimar Novochadlo, conforme a ementa abaixo:

**CIVIL E PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL E CAUTELAR DE ARRESTO. EXTINÇÃO. NOVAÇÃO OPERADA PELA APROVAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EXECUTADA. INOCORRÊNCIA. EFEITO NOVATIVO CONDICIONADO AO CUMPRIMENTO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 59 E 61 DA LEI Nº 11.101/05. PROSSEGUIMENTO DAS AÇÕES INDIVIDUAIS. IMPOSSIBILIDADE NO CASO.**

<sup>54</sup> BERTOLDI, Marcelo M e RIBEIRO, Márcia Carla P. *Curso avançado de direito comercial*. 4ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora RT, 2008. Pág. 508.

**INCOMPATIBILIDADE COM O CUMPRIMENTO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. SUSPENSÃO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUESTIONAMENTOS QUANTO AO DECIDIDO NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.** 1. *Para se compreender o alcance do instituto da novação é necessário inicialmente distinguir a dívida nova do efeito novativo (extintivo). Isso se dá quando os efeitos da constituição e extinção não ocorrerem ao mesmo tempo, em decorrência da inclusão de elemento accidental, no caso, condição. A condição pode ser implementada tanto na dívida nova quanto no efeito novativo (extintivo), bem como a condição pode ser suspensiva ou resolutive, operando efeitos desde a realização do negócio ou aguardando o implemento da condição.* 2. *Dos art. 59, caput e art. 61 e seus parágrafos, da Lei n° 11.101/05, retira-se que o "Plano de Recuperação Judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, obrigando o devedor e todos os credores sujeitos" a ele, entretanto, havendo o descumprimento do Plano, os "credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial". Logo, a dívida nova (Plano de Recuperação Judicial) surte efeitos imediatamente, mas o efeito novativo (extintivo) necessita do implemento da condição de cumprimento do Plano. Assim, não implementado este, não se tem, pelo menos por enquanto, o efeito extintivo.* 3. [...] (TJPR – 15ª CC - AC 0562400-6 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Des. Jucimar Novochadlo - Unânime - J. 01.04.2009).

Na hipótese de denegação do processamento de recuperação judicial, caberá ao devedor a possibilidade de requerer autofalência, ou, ainda, a opção pela recuperação extrajudicial devidamente homologada. Já na situação de, embora deferido o processamento da recuperação, o plano de soerguimento venha a ser rejeitado pelos credores, cabe ao juiz, conforme literalidade do art. 56, §4º da LRE, decretar a falência do devedor.

Por derradeiro, calha frisar que o prazo máximo de duração do processo de recuperação judicial é de dois anos, a contar da data em que foi deferida pelo Judiciário, devendo-se ter em mente que o prazo para pagamento das obrigações por ele abrangidas poderá ir além de tal biênio.

### **3.2 – Recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte**

A importância das microempresas e empresas de pequeno porte para a economia brasileira é inarredável. Tais formas de organização constituem a grande maioria dentre as empresas brasileiras, sendo exercidas, sobretudo, por pequenos

empresários que, embora não possuam vultosa quantia pecuniária para tocarem suas atividades, buscam adequar-se a tais modelos legais<sup>55</sup>, fugindo, assim, da informalidade.

Logo, tais empresas, que possuem ativa participação no processo de desenvolvimento econômico e social brasileiro, não poderiam ficar ao desabrigo de uma legislação adequada, que lhes propusesse um meio de recuperação efetivo ante uma situação de instabilidade econômico-financeira. Daí a Lei 11.101/05 concedê-las tratamento diferenciado, através do plano de recuperação especial para microempresas e empresas de pequeno porte, conforme positivado na Seção V do Capítulo III, referente à recuperação judicial.

Há de ser prestigiada essa inovação da LRE, que encontra respaldo, mormente, no texto constitucional, como os arts. 146, 170 e 179 da CF/88, os quais, propondo tratamento diferenciado à microempresa e empresa de pequeno porte, intentam “fomentar a formação e o desenvolvimento da atividade empresarial de pequeno vulto, amenizando dificuldades que possam lhe advir justamente em razão da pequena magnitude do negócio”<sup>56</sup>. Sobre tal inovação, destaca CARLOS KLEIN ZANINI que:

a introdução desse regime jurídico pela nova Lei inspira-se em modelos já de há muito adotados em outros países. Com efeito, praticamente todas as legislações estrangeiras modernas oferecem regimentos específicos destinados à recuperação de empresas de porte reduzido, comumente caracterizados pelo abrandamento das condições e simplificação do procedimento a ser observado.<sup>57</sup>

O prazo para apresentação do plano especial é o mesmo previsto para apresentação do plano convencional, isto é, até 60 (sessenta) dias após a publicação da decisão que deferiu o processamento da recuperação, consoante art. 53 da LRE. Da

---

<sup>55</sup> Consoante a Lei 9.841/99, conhecida como Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno porte, considera-se microempresa, a pessoa jurídica e a firma mercantil individual que tiver receita bruta anual igual ou inferior a R\$ 433.755,14, e empresa de pequeno porte, a pessoa jurídica e a firma mercantil individual que, não enquadrada como microempresa, tiver receita bruta anual superior a R\$ 433.755,14 e igual ou inferior a R\$ 2.133.222,00.

<sup>56</sup> GAEDE, Henrique. **A legislação sobre microempresas e empresas de pequeno porte**. In Revista Fae Business. Nº 8: Pags. 42-43. Mai/2004.

<sup>57</sup> ZANINI, Carlos Klein. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coord.). São Paulo: Editora RT, 2005. Pág. 315.

análise dos requisitos legais que o disciplinam, ressaltam-se o que limita sua abrangência apenas aos créditos quirografários, ressalvados os decorrentes de repasses oficiais (art. 71, inc. I, da LRE); o que determina o parcelamento máximo em até 36 vezes, devendo a primeira parcela ser paga em até 180 dias após a data da distribuição do pedido de recuperação judicial (art. 71, incs. II e III da LRE) e o que retira das mãos da Assembléia Geral de Credores o poder de deliberar sobre sua aprovação<sup>58</sup>, bastando o atendimento das disposições legais para que o juiz conceda a recuperação (art. 72, *caput* da LRE). Quanto a este último, no particular, pode-se enxergar uma ligação entre o plano especial de recuperação para empresas de pequeno porte e a antiga concordata, dado que nesta, independentemente da concordância dos credores e desde que preenchidos dos parâmetros legais, o devedor poderia utilizar tal benefício legal, o qual consubstanciava-se, basicamente, em concessão de prazos e descontos ao comerciante para pagamento de seu passivo quirografário.

Todavia, ainda que não haja deliberação em assembléia geral para aprovação do plano especial, não se pode olvidar para o disposto no art. 72, § único da LRE<sup>59</sup>, que possibilita aos credores fazerem-lhe objeções, sendo a falência do devedor decretada ante a oposição de mais da metade de seus credores quirografários. Neste ponto, adverte CARLOS HENRIQUE ABRÃO que:

de bom alvitre que o juízo analise detalhadamente essa circunstância de impugnação até pela cessão de crédito que poderá tornar um grupo reduzido o detentor de poder de rejeição do plano especial de recuperação de empresas de pequeno porte e microempresas. Invariavelmente, a rejeição do plano deverá ser fundamentada, e a impugnação conter regra transparente que impeça a concessão do benefício, sob pena de responderem os credores pelas perdas e danos causados ao devedor, com intuito exclusivo de prejudicar a

---

<sup>58</sup> No que tange, especificamente, à regra da não convocação dos credores para deliberarem sobre o plano simplificado, cabe citar as palavras do senador RAMEZ TEBET, no parecer sobre o PLC nº 71, de 2003, no qual oportunamente afirmou que “o processo de recuperação judicial pode tornar-se excessivamente oneroso para algumas empresas, principalmente no que tange aos custos para a convocação e realização de uma assembléia geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação. Entendemos indispensável a previsão de um plano simplificado e preestabelecido na lei para recuperação judicial de micro e pequenas empresas, que dispense a aprovação da assembléia geral de credores e, assim, reduza a onerosidade do processo”.

<sup>59</sup> Lei 11.101/05, Art. 72, PU - O juiz também julgará improcedente o pedido de recuperação judicial e decretará a falência do devedor se houver objeções, nos termos do art. 55 desta Lei, de credores titulares de mais da metade dos créditos descritos no inciso I do *caput* do art. 71 desta Lei.

atividade empresarial e inibir a pretensão de reorganização societária.<sup>60</sup>

Como já visto no tópico anterior, um dos requisitos para que o devedor pugne pela recuperação judicial é que haja um lapso temporal de cinco anos entre esta e uma anteriormente concedida. Tal interregno é diverso do previsto para o devedor que vise obter a recuperação especial para microempresas e empresas de pequeno porte, quem deverá aguardar oito anos para pleiteá-la novamente, consoante apregoado no art. 48, inc. III da LRE<sup>61</sup>. Sobre tal prazo, dispõe RAMEZ TEBET que:

a recuperação judicial com base no plano especial que propomos precisa estar sujeita à limitações e requisitos mais rigorosos, a fim de evitar o abuso pelos devedores. Por isso é que se prevê forma rígida e prazo de oito anos entre uma concessão e a seguinte. Se não houvesse essa previsão, as empresas poderiam, nos termos do art. 47, inc. II, independentemente da concordância dos credores e com o pálio da lei, passar três anos e meio em recuperação judicial e somente um ano e meio em atividade regular, até pedir nova recuperação, em um círculo vicioso nocivo ao processo econômico, agredindo o interesse social por meio do uso oportunista contumaz de um remédio extremo.<sup>62</sup>

Convém trazer à baila, ainda, que o regime geral de normas previstas para a recuperação judicial convencional aplica-se ao procedimento especial para micro e pequenas empresas, salvo quando conflitantes com as específicas deste.

### 3.3 – Recuperação extrajudicial

O Dec. Lei 7.661/45 não previa a modalidade de concordata extrajudicial, chegando, até, a punir o comerciante que buscasse negociar parte de seu passivo em via estranha ao processo judicial, atitude que, à luz da LFC, era considerada como “ato de falência”, conforme art. 2º, inc. III, da LFC<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> HENRIQUE ABRÃO, Carlos. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão (coord.). 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. Pág. 218.

<sup>61</sup> Lei 11.101/05, Art. 48 - Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: ... III - não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo, ... .

<sup>62</sup> TEBET, Ramez. **Parecer nº 534, de 2004 da Comissão de Assuntos Econômicos, sobre o PLC nº 71, de 2003**. Diário do Senado Federal em 10/06/2004.

<sup>63</sup> Não obstante tal previsão na LFC, vale citar o entendimento de WALDO FAZZIO JUNIOR, quando, à época da



Assim, o comerciante que tentasse “convocar os credores para lhes submeter um plano qualquer de recuperação podia ter a falência requerida e decretada, frustrando-se assim a solução de mercado que tentara encaminhar”<sup>64</sup>. Em outras palavras, pode-se dizer que, até a edição da LRE, “não havia soluções de mercado para as empresas em dificuldade. Isto porque qualquer solução oferecida pelo mercado redundava na falência requerida pelos credores, impedindo assim que o próprio mercado solucionasse a crise da empresa”<sup>65</sup>.

Logo, em caráter inovatório<sup>66</sup>, a Lei 11.101/05 trouxe consigo a possibilidade de negociação extrajudicial<sup>67</sup> entre o devedor e seus credores, assegurando, àquele, mais um mecanismo com vistas a remediar sua situação de crise econômico-financeira, sobretudo quando esta for pontual e ligar-se a credores específicos. A respeito, pontua WALDO FAZZIO JUNIOR que:

com a adoção do instituto da recuperação extrajudicial, o legislador brasileiro abre uma porta menos formal para que credores e devedor cheguem a um resultado satisfatório, compondo suas dissensões ao convergir no intuito de

---

vigência do Dec. Lei 7.661/45, concebida que não se podia “fazer vistas grossas para a realidade dos negócios que se concretizam paralelamente à concordata, antes de seu ajuizamento, seja como tentativa de composição mais produtiva, seja, até mesmo, como expediente para viabilizá-la, com o afastamento de eventuais oponentes que poderiam embargá-la. (FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Lei de falências e concordatas comentada**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. Pág. 254).

<sup>64</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação judicial de empresas (Lei 11.101 de 09/02/2005)**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Pág. 391.

<sup>65</sup> Márcia Carla Pereira Ribeiro, explicitando o posicionamento de Fabio Ulhoa Coelho (*in* BERTOLDI, Marcelo M e RIBEIRO, Márcia Carla P. **Curso avançado de direito comercial**. 4ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora RT, 2008. pág. 528).

<sup>66</sup> Há de frisar, aqui, que a natureza inovatória atribuída à recuperação extrajudicial trazida pela LRE dá-se, estritamente, em relação ao diploma legal que a antecedia, o Dec. Lei 7.661/45, o qual vetava o devedor de utilizar tal meio para se levantar de uma eventual crise econômico-financeira que o abalasse. Pois, não se pode olvidar que a possibilidade de negociação extrajudicial entre credores e devedor já foi permitida na história do direito falimentar brasileiro, conforme preconizava o Dec. 917 de 1890.

<sup>67</sup> A solução extrajudicial trazida pela LRE, conforme LUIZ TZIRULNIK, “foi inspirada em um instituto norte-americano denominado *prepackage plan*, o qual se refere a um plano que é negociado entre o devedor e seus credores, antes que se faça o pedido de falência. Este plano é conceituado com o intuito de qualificar uma empresa que se encontre em crise financeira para reorganizá-la a partir de um planejamento. O juiz de Falência norte-americano assina, então, esse plano no sentido de lhe conferir força de lei a se respeitada pelos signatários, que ficam impedidos de se arrepender. O objetivo da lei norte-americana não tem sido outro que não impedir os efeitos catastróficos do processo de falência, efeitos esses que se aplicam tanto ao Judiciário, quanto ao devedor, aos credores e a todas as partes envolvidas” (TZIRULNIK, Luiz. **Direito falimentar**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2005. Pág. 223).

manter viva a empresa, como unidade produtiva.<sup>68</sup>

A recuperação extrajudicial pode ser definida como um “negócio jurídico consensual entre devedor e uma ou algumas classes de credores, um negócio de cooperação, de repactação na divisão de riscos, que, em alguma medida, se assemelha aos negócios plurilaterais”<sup>69</sup>.

Em termos de posituação, a recuperação extrajudicial encontra-se apregoada nos artigos 161 a 167 da Lei 11.101/05 possuindo, primordialmente, uma fase realizada exteriormente ao Poder Judiciário e, por conseguinte, sob o campo de ação deste.

Num primeiro momento, credores e devedor travam uma composição, na qual, imagina-se, ambos farão concessões recíprocas a fim de atingirem a mútua satisfação de seus interesses. Nessa fase, que irá resultar em um plano de recuperação, “o empresário ou sociedade empresária não precisa atender a nenhum dos requisitos da lei para a recuperação extrajudicial”<sup>70</sup>.

Consecutivamente, poderá tal plano ser levado à homologação perante o Poder Judiciário, conforme permite o art. 162 da LRE<sup>71</sup>, sendo obrigatória a juntada de documentos exigida por este dispositivo legal. Outrossim, deverá o devedor (seja ele empresário ou sociedade empresária) cumprir os requisitos subjetivos delineados no art. 48 da LRE<sup>72</sup> e os requisitos objetivos atinentes ao próprio conteúdo do acordo,

---

<sup>68</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falências e concordatas comentada**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. Pág. 116.

<sup>69</sup> SZTAJN, Rachel. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão (coord.). 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. Pág. 465.

<sup>70</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação judicial de empresas (Lei 11.101 de 09/02/2005)**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Pág. 392.

<sup>71</sup> Lei 11.101/05, Art. 162 - O devedor poderá requerer a homologação em juízo do plano de recuperação extrajudicial, juntando sua justificativa e o documento que contenha seus termos e condições, com as assinaturas dos credores que a ele aderiram.

<sup>72</sup> Lei 11.101/05, Art, 48 - Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: I - não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; II - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; III - não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; IV - não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Parágrafo único. A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.

dentre os quais destacam-se: a) não abrangência dos créditos trabalhistas, fiscais, tributários e dos excluídos da recuperação judicial (art. 161, § 1º); b) impossibilidade de favorecimento a algum credor ou pagamento antecipado de qualquer crédito (art. 161, §2º); c) não contemplação de alienação de bem gravado ou supressão de garantia real, salvo mediante concordância expressa do credor garantido (art. 163, § 4º); d) impossibilidade de afastamento da variação cambial nos créditos em moeda estrangeira, salvo com expressa anuência do credor (art. 163, § 5º).

Caso o devedor esteja com pedido de recuperação judicial pendente ou tenha desta desfrutado ou, ainda, tenha usufruído recuperação extrajudicial a menos de dois anos, um novo plano desta não poderá ser homologado (art. 161, § 3º). Ademais, uma vez distribuído o pedido de recuperação extrajudicial, os credores não poderão desistir da adesão, salvo com expressa anuência dos demais acordantes (art. 161, § 5º).

Recebido o plano de recuperação, ordenará o juiz a publicação de edital, a partir do qual contam-se 30 (trinta) dias para os credores fazerem-lhe impugnações, exclusivamente no que tange às matérias definidas nos §§ 3º e 6º do art. 164<sup>73</sup>. Havendo impugnações, intimar-se-á o devedor para que, dentro de cinco dias, se manifeste sobre tais. Após tal momento, os autos serão conclusos ao juiz, cabendo a este, se for o caso, fazer a homologação em sentença, da qual cabe apelação sem efeito suspensivo.

Uma vez homologado, o plano obriga a todos os credores que o aderirem, podendo, contudo, “ter seus efeitos estendidos para todos os credores, além dos signatários, desde que seja firmado por mais de três quintos de todos os créditos de

---

<sup>73</sup> Lei 11.101/05, Art. 164 - Recebido o pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial previsto nos arts. 162 e 163 desta Lei, o juiz ordenará a publicação de edital no órgão oficial e em jornal de grande circulação nacional ou das localidades da sede e das filiais do devedor, convocando todos os credores do devedor para apresentação de suas impugnações ao plano de recuperação extrajudicial, observado o § 3º deste artigo: ... § 3º Para opor-se, em sua manifestação, à homologação do plano, os credores somente poderão alegar: I - não preenchimento do percentual mínimo previsto no caput do art. 163 desta Lei; II - prática de qualquer dos atos previstos no inciso III do art. 94 ou do art. 130 desta Lei, ou descumprimento de requisito previsto nesta Lei; III - descumprimento de qualquer outra exigência legal;

...

§ 6º Havendo prova de simulação de créditos ou vício de representação dos credores que subscreverem o plano, a sua homologação será indeferida.

cada espécie por ele abrangidos”<sup>74</sup>. Quanto a tal possibilidade legal, MARCIA CARLA P. RIBEIRO afirma:

que essa é uma recuperação extrajudicial impositiva, e foi adotada pela legislação brasileira a fim de evitar que um credor rejeite o plano por questões individuais, devendo-se sempre privilegiar os interesses da empresa e da coletividade quando confrontados com interesses individuais dos credores.<sup>75</sup>

Contrariamente ao sistema da recuperação judicial, a extrajudicial não implicará na suspensão de direitos, das ações ou execuções, nem a impossibilidade do pedido de decretação de falência pelos credores não sujeitos ao plano de recuperação extrajudicial, ante teor do art. 161, §4º da LRE<sup>76</sup>.

Dado não fazer coisa julgada material, o indeferimento da homologação não impede que o devedor faça novo pedido de homologação do plano, devendo, este, contudo, suprir os motivos que levaram à decisão denegatória. Outrossim, em caso de rejeição da homologação, o credor signatário que consentiu na modificação do valor ou da forma de pagamento do seu crédito tem seu direito restituído às condições originais, deduzidos os valores efetivamente pagos (art. 165 da LRE).

Por fim, calha mencionar que, não obstante tal modelo legal de recuperação, a LRE abriu possibilidade a credores e devedor de firmarem outras espécies de acordos privados voltados ao reequilíbrio dos negócios deste, conforme previsão do art. 167<sup>77</sup>. Nos dizeres de RACHEL SZTAJN:

Positiva a norma do art. 167, uma vez que permite ao devedor propor tanto um plano de recuperação extrajudicial, em que a venda de ativos é uma das alternativas, quanto se admite que, reunidos credores e devedor, seja encontrada outra forma de ajustes que evite a falência da empresa em crise. Tratando-se de direitos patrimoniais disponíveis, não há, salvo evidentemente, ordem pública, moral e bons costumes, nada que impeça acordos entre particulares nos quais se privilegie a função social da empresa.<sup>78</sup>

<sup>74</sup> BERTOLDI, Marcelo M e RIBEIRO, Márcia Carla P. **Curso avançado de direito comercial**. 4ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora RT, 2008. Pág. 525.

<sup>75</sup> BERTOLDI, Marcelo M e RIBEIRO, Márcia Carla P. **Curso avançado de direito comercial**. 4ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora RT, 2008. Pág. 525.

<sup>76</sup> Lei 11.101/05, Art. 161, § 4º - O pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial não acarretará suspensão de direitos, ações ou execuções, nem a impossibilidade do pedido de decretação de falência pelos credores não sujeitos ao plano de recuperação extrajudicial.

<sup>77</sup> Lei 11.101/05, Art. 167 - O disposto neste Capítulo não implica impossibilidade de realização de outras modalidades de acordo privado entre o devedor e seus credores.

<sup>78</sup> SZTAJN, Raquel. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. Paulo F. C. Salles de Toledo,

## 4. A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E SUA CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL

### 4.1 - A empresa em crise remediável

Como visto, a partir da LRE, a empresa em crise econômico-financeira pode desfrutar do instituto da recuperação empresarial, sendo esta uma medida legal voltada a auxiliar o empresário ou sociedade empresária na superação do estado de insolvência.

A crise da qual trata o art. 47 da LRE pode ser entendida sob diferentes enfoques, podendo atingir o empresário de diferentes maneiras no exercício da atividade empresarial. Nas palavras de RACHEL SZTAJN:

Porque organização que opera em mercados, está implícito, no exercício da empresa, que as operações não ficam blindadas contra riscos de qualquer tipo, particularmente, os econômico-financeiros. São esses os contemplados na lei porque podem ser fonte de crises, sejam elas relacionadas à liquidez, sejam relativas à solvência. Liquidez é a aptidão de transformar facilmente e sem perda, ativos não monetários em moeda. Solvência é a aptidão para, no plano patrimonial, solver todas as obrigações, o que significa que o total do ativo é, no mínimo, igual ao total do passivo.<sup>79</sup>

---

Carlos Henrique Abrão (coord.). 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. Pág. 426.

<sup>79</sup> SZTAJN, Raquel. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coord.). São Paulo: Editora RT, 2005. Pág. 217.

A crise financeira tem a ver com iliquidez, ou seja, falta momentânea de dinheiro em caixa para que o empresário solva suas dívidas. Não necessariamente este tipo de crise acarretaria insolvabilidade (inaptidão econômica para adimplir) do devedor, dado que, embora venha a não possuir dinheiro em espécie para imediato cumprimento de suas obrigações, pode deter outros bens cujos valores somados ultrapassam o valor do seu passivo. “Daí que a concessão ou ampliação do prazo para adimplir permite liquidar alguns ativos que, transformados em moeda, servirão para pagar o passivo sem que isso afete a solvência futura do devedor”<sup>80</sup>.

Por sua vez, a crise econômica se configura ante a impossibilidade do devedor em honrar com o integral pagamento de suas obrigações, estando, portanto, ligada à estrutura de seus ativos e passivos.

Calha ressaltar, no particular, a conclusão adotada por PAULO SALVADOR FRONTINI, para quem:

há crise econômico-financeira quando, à vista dos ativos existentes (bens do ativo permanente, imóveis, móveis, instalações, equipamentos; titularidade de marcas, patentes e outros direitos negociáveis; bens do ativo circulante – mercadorias ou serviços contratados; bens do ativo financeiro, dinheiro em tesouraria, em bancos, ou aplicações financeiras, ou linhas de crédito de liquidez imediata), não há como fazer frente aos desembolsos necessários ao funcionamento da empresa. Há crise econômico-financeira se não houver como fazer frente ao funcionamento da empresa a curto prazo. Significa não poder adimplir, a tempo e hora, o passivo exigível. Se não há como enfrentar esse cotidiano de curto prazo, é evidente a crise econômico-financeira.<sup>81</sup>

Posto isso, na medida em que o devedor enfrente tais dificuldades na condução de seus negócios, entrando este, portanto, em “crise”, poderá lançar mão da recuperação empresarial.

Todavia, a utilização de tal instituto não implica em tentativa de soerguimento de toda e qualquer empresa abalada econômica e financeiramente, havendo de ser feita a separação entre aquelas que, verdadeiramente, possuem condições de se

---

<sup>80</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>81</sup> SALVADOR FRONTINI, Paulo. **Do estado de falido: sua configuração – inovações da nova lei de recuperação e falência.** In Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro. Nº 138: Pags. 7-24. Abril-junho/2005.

recuperar e aquelas cuja melhor alternativa é o encerramento de suas atividades. Ou seja, “a recuperação de empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo, sob pena de se transferir o risco da atividade empresarial do empresário para o credor”<sup>82</sup>, cabendo ao devedor, portanto, demonstrar a viabilidade econômica dos seus negócios.

Conforme FABIO ULHOA COELHO:

Somente as empresas viáveis devem ser objeto de recuperação judicial ou extrajudicial. Para que se justifique o sacrifício da sociedade brasileira presente, em maior ou menor extensão, em qualquer recuperação de empresa não derivada de solução de mercado, o devedor que a postula deve mostrar-se digno do benefício. Deve mostrar, em outras palavras, que tem condições de devolver à sociedade brasileira, se e quando recuperada, pelo menos em parte o sacrifício.<sup>83</sup>

Não se nega a importância da empresa e que esta, de fato, tenha sido alojada em um papel central na LRE. O espírito da lei, como um todo, foi de privilegiar a continuação da atividade empresarial, eis que esta inegavelmente traz riqueza e bem-estar social à população na qual está inserida. Contudo, a viabilidade dos negócios do devedor é de fundamental importância para que este os mantenha em pleno exercício.

A empresa inviável não é de fácil aferição nem possui, sempre, diagnóstico simples, dado que quase sempre a raiz dos problemas não é puramente financeira. Isto é, os problemas financeiros podem ser apenas a exteriorização de algo mais grave, como “uma negatividade econômica e/ou administrativa, clamando por atitudes estratégicas e operacionais tempestivas”<sup>84</sup>. Assim, deve-se investigar a real origem e profundidade da crise econômico-financeira atravessada pelo empresário, dado que a opção trazida pelo legislador, mediante a recuperação empresarial, foi de facultar ao empresário uma oportunidade de continuar no exercício de seus negócios, desde que mostre que estes são viáveis.

Cite-se, aqui, o magistério de RACHEL SZTJAN, quando afirma que a LRE, reconhecendo que o risco faz parte da própria natureza da atividade empresarial, buscou permitir a manutenção desta, desde que haja viabilidade econômica. Arremata

<sup>82</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 5ª ed., vol III. São Paulo: Saraiva, 2005. Pág. 231.

<sup>83</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>84</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2005. Pág. 103.

a autora, ensinando que:

na esteira do que fizeram outros países, escolheu-se preservar, quando viável e possível, a atividade, pelo que se introduziu no ordenamento o conceito de recuperação da organização, seja na sua inteireza, seja mediante sua divisão para alienar blocos, seja ainda para alienar bens isolados, para tentar salvá-la. Se a crise for transitória, de liquidez ou de pequeno desequilíbrio patrimonial, evita-se destruir a atividade. Se, de outro lado, a crise for grave, sendo inviável a recomposição da organização, melhor tratar de desfazê-la o mais rapidamente possível evitando a propagação dos danos e enviando claros sinais de que não serão feitas concessões a empresários ou empresas cuja continuidade não se justifique no plano econômico.<sup>85</sup>

No particular, ainda, ressalta uma importante diferença em relação ao instituto da concordata. Nesta, cabia ao comerciante apenas o preenchimento de requisitos legais para que, mediante tal benefício legal, obtivesse prazos e descontos maiores para a quitação de seus débitos. Todavia, nem sempre as dificuldades do comerciante estariam atreladas à sua liquidez, de modo que a solução ofertada pela LFC poderia maquiar uma real crise econômica atravessada pela empresa, como a queda de faturamento decorrente de uma retração de mercado. Assim, a concordata poderia perpetuar uma situação dificultosa, deixando de observar um considerável descompasso entre ativos e passivos do devedor para, meramente, privilegiar o pagamento dos credores. Tal situação restou modificada na LRE, na qual deu-se ao devedor, na elaboração do seu plano de recuperação, demonstrar a real situação econômico-financeira de sua empresa, a viabilidade de seus negócios e os meios e estratégias a serem traçados para superação da crise.

Destarte, tem-se que a opção política legislativa do Brasil foi de oferecer ao empresário um instituto consagrador e privilegiador da manutenção dos seus negócios, devendo-se, contudo, ponderar as opções entre liquidação e recuperação, de maneira a retirar do mercado aquelas empresas que, embora em estado patológico, não possuem remédios a serem utilizados para sanar tal situação. Nos dizeres de CELSO MARCELO DE OLIVEIRA:

É fundamental que na adoção de um plano de reorganização os custos com a conservação da empresa sejam inferiores aos custos com a liquidação. Não há dúvida de que a aplicação generalizada do princípio da conservação da

---

<sup>85</sup> SZTAJN, Raquel. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coord.). São Paulo: Editora RT, 2005. Pág. 219.



empresa, ao invés de diminuir, pode significar um aumento dos custos sociais.<sup>86</sup>

## **4.2 - A preservação da empresa e demais princípios da recuperação empresarial**

Sabe-se que todas as pessoas integradas em um convívio social possuem necessidades das mais diversas a serem satisfeitas e, assim, carecem de bens para suprirem tais necessidades. Nesse sentido, as sociedades empresárias ganham papel de destaque perante a comunidade, vez que, consoante definição do art. 966, *caput*, do Código Civil de 2002, elas se consubstanciam em uma atividade que irá permitir a circulação e produção dos bens destinados a suprir as necessidades humanas e promover o bem social. Logo, torna-se imperioso que tais sociedades perdurem no tempo, tendo em vista que elas contribuem para a promoção do bem coletivo.

Tal importância econômica e social da atividade empresarial, bem como a necessidade de sua preservação, não passou despercebida pelo Direito Falimentar, o qual detectou que a liquidação de uma empresa provoca graves conseqüências para o Estado e a sociedade humana em geral. É o que se nota na evolução da matéria que regula a dissolução das sociedades, a qual paulatinamente voltou sua preocupação para a preservação da empresa. Sobre o tema, MARCIA CARLA P. RIBEIRO aponta que o direito falimentar:

ao longo do tempo foi sofrendo certo temperamento por parte da doutrina e também de nossos tribunais, que passaram a prestigiar cada vez mais o princípio da preservação da empresa como ente gerador de riquezas e necessário para o desenvolvimento econômico e social da comunidade onde está inserido.<sup>87</sup>

Nesse sentido, em contrapartida ao diploma legal de 1945, que prestigiava a satisfação dos credores, a Lei 11.101/05 albergou a perspectiva de preservação da empresa, voltando as disposições nela contidas, sobretudo, a permitirem que as sociedades empresárias e os empresários individuais superem suas dificuldades e mantenham-se no mercado. Consoante OSVALDO BIOLCHI, citado por Celso Marcelo

---

<sup>86</sup> OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Comentários à nova lei de falências**. São Paulo: Thomson-IOB, 2005. Pág. 225.

<sup>87</sup> BERTOLDI, Marcelo M e RIBEIRO, Márcia Carla P. **Curso avançado de direito comercial**. 4ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora RT, 2008. Pág. 154.

de Oliveira, o objetivo da nova lei “é manter a atividade empresarial através da recuperação das empresas que estão em processo de insolvência, como organismo social, através da geração de empregos e impostos”<sup>88</sup>.

No que tange especificamente à recuperação judicial, consoante a leitura do art. 47 da LRE<sup>89</sup>, denotam-se alguns princípios evidenciadores da preservação da empresa, da promoção de sua função social e do estímulo à atividade econômica, tais como a manutenção da fonte produtora, a preservação dos empregos e a proteção do interesses dos credores, os quais regem o instituto e refletem a base deontológica informadora deste novo mecanismo legal.

A manutenção da fonte produtora liga-se ao escopo da LRE em dar condições e instrumentos que possibilitem a preservação da estrutura produtiva da sociedade empresária, de modo que, ainda que o empresário seja afastado de seus ofícios, a atividade empresarial se mantenha. Ou seja, tal princípio cristaliza a separação entre os conceitos de empresa e empresário, deixando evidente a importância econômica e social daquela, enquanto atividade geradora de benefícios à sociedade humana. Conforme CALIXTO SALOMÃO FILHO:

De há muito tempo vem se tentando, através da limitação de responsabilidade, dissociar ruína da empresa da ruína do empresário, permitindo que o último sobreviva à primeira. A nova Lei procura fazer exatamente o inverso, i.e., dissociar ruína da empresa da ruína do empresário, permitindo que a primeira sobreviva ao último.<sup>90</sup>

Tal perspectiva pode ser notada no art. 51 da LRE, o qual, dentre o elenco dos meios possíveis de serem utilizados na recuperação judicial, prevê, em seu inc. VII, o “trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados”. A transferência do estabelecimento, enquanto conjunto de bens unificado pelo empresário e necessário ao exercício da atividade empresarial, faz

---

<sup>88</sup> OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Comentários à nova lei de falências**. São Paulo: Thomson-IOB, 2005. Pág. 235.

<sup>89</sup> Lei 11.101/05, Art. 47 - A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

<sup>90</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coord.). São Paulo: Editora RT, 2005. Pág. 52.

com que a estrutura produtiva permaneça intacta. Ou seja, por meio deste meio recuperatório, dá-se oportunidade ao empresário de se restabelecer com novos equipamentos e continuar sua atividade e, também, privilegia-se a preservação da própria atividade empresarial até então exercida, tendo em vista que a unidade produtora da empresa em dificuldades pode ser vendida de forma isolada a outro empresário interessado em tocá-la adiante.

Vale frisar, aqui, que o adquirente do estabelecimento empresarial oriundo de empresa em recuperação não se torna co-responsável (juntamente com o alienante) pelas dívidas existentes no momento da negociação, na forma do art. 60 da LRE<sup>91</sup>. Trata-se de um estímulo para que terceiros comprem o estabelecimento empresarial da empresa em crise e a ajude a se recuperar. Conforme EDUARDO SECCHI MUNHOZ:

O fim da sucessão das obrigações do devedor nas alienações realizadas no âmbito de processo de recuperação ou de falência permite a transferência da empresa para um novo empresário, obtendo-se dessa forma recursos que podem ser utilizados para o pagamento das obrigações do devedor, inclusive as trabalhistas e tributárias. Ademais, a transferência do complexo de bens para terceiro com capacidade de continuar o exercício da empresa assegura a manutenção de empregos, o pagamento de tributos e a geração de riqueza para todos os participantes dessa atividade. Sob todos os aspectos, portanto, a eliminação da sucessão dos ônus e obrigações na alienação de unidades produtivas isoladas do devedor deve ser havida como positiva.<sup>92</sup>

Nesse sentido, o seguinte julgado:

**RECUPERAÇÃO JUDICIAL. LEILÃO DE UNIDADE PRODUTIVA. ADJUDICAÇÃO À EMPRESA VENCEDORA DO LEILÃO. LEGALIDADE. LEI N. 11.101, DE 2005.** *O propósito da nova lei de recuperação de empresas é preservar o funcionamento das unidades produtivas para gerar riquezas para o país e garantir os postos de trabalho. A aquisição de unidades produtivas está protegida pelo art. 60, parágrafo único, da referida lei, que impede que se cobre*

<sup>91</sup> Lei 11.101/05, Art. 60 - Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei; parágrafo único - O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei..A respeito de tal dispositivo legal, que em sua redação faz menção à “unidade produtiva” ou “filiais”, EDUARDO SECCHI MUNHOZ adverte que o legislador “*não adotou a melhor técnica, na medida em que essas expressões não possuem um significado jurídico próprio; melhor seria o emprego da expressão estabelecimento, cujo conceito foi amplamente desenvolvido pela doutrina, encontrando-se positivado no art. 1.142 do CC*” (in MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005.** Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coord.). São Paulo: Editora RT, 2005. Pág. 295).

<sup>92</sup> MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005.** Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coord.). São Paulo: Editora RT, 2005. Pág. 295.

*do arrematante obrigações da antiga empresa. Agravo que se conhece para lhe negar provimento. Vencido o Des. Jair Pontes de Almeida. (TJ/RJ- 4ª Câmara Cível - Agr. Ins. 2007.002.08184 – Rel. Des. Fernando Fernandy Fernandes – Publicado em 23/10/2007).*

A proteção dada aos trabalhadores também ressalta como princípio da LRE. Uma vez superada a crise que assola a atividade empresarial, vão ser preservados os empregos já existentes e, possivelmente, novas oportunidades de trabalho serão abertas àqueles que estão desempregados. Daí que a recuperação da empresa figura como de fundamental importância para o trabalhador, dado que este, uma vez despendendo sua força laboral em favor do empresário, receberá uma contraprestação pecuniária que lhe permitirá suprir os bens necessários à sua própria subsistência. “Assim sendo, a recuperação da empresa, que tem valor econômico, com o novo instituto de recuperação judicial gera e mantém os empregos dos trabalhadores, o que representa um conteúdo social importante”<sup>93</sup>.

Os credores, por sua vez, também possuem seus interesses principiológicamente tutelados pela LRE. No que toca ao instituto da recuperação empresarial, a Assembléia Geral de Credores vai definir o próprio rumo do empresário ou sociedade empresária em dificuldades econômico-financeiras, na medida em que os credores, reunidos em assembléia, vão votar o plano de recuperação apresentado pelo empresário. Logo, os credores não são meros espectadores mas, pelo contrário, vão participar ativamente do processo de recuperação, a fim de otimizar os resultados pretendidos com este e evitar a dilapidação dos recursos da empresa. Daí a razão de se dizer que a recuperação judicial “objetiva um planejamento para readequar a atividade empresarial do devedor e também atender aos interesses dos credores”<sup>94</sup>.

A LRE ainda prevê outros princípios, tais como “a celeridade e eficiência dos processos judiciais; maximização do valor dos ativos do falido; rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial”<sup>95</sup> etc mas, não pairam dúvidas

---

<sup>93</sup> OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Comentários à nova lei de falências**. São Paulo: Thomson-IOB, 2005. Pág. 236.

<sup>94</sup> Idem, ibidem.

<sup>95</sup> BERTOLDI, Marcelo M e RIBEIRO, Márcia Carla P. **Curso avançado de direito comercial**. 4ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora RT, 2008. Pág. 471.

sobre o fato de que a manutenção da fonte produtiva, a proteção dos trabalhadores e dos credores encabeçam o procedimento da recuperação empresarial, o qual deve ser conduzido à efetivar a preservação da empresa e a promoção de sua função social.

Por derradeiro, vale citar o ensinamento de WALDO FAZZIO JUNIOR no tocante à preservação da empresa na LRE, quando menciona que:

insolvente ou não, a empresa é uma unidade econômica que interage no mercado, compondo uma labiríntica teia de relações jurídicas com extraordinária repercussão social. É uma unidade de distribuição de bens e/ou serviços. É um ponto de alocação de trabalho, oferecendo empregos. É um elo na imensa corrente do mercado que, por isso, não pode desaparecer, simplesmente, sem causar seqüelas. A atividade empresarial desborda dos limites estritamente singulares para alcançar dimensão socioeconômica bem mais ampla. Afeta o mercado e a sociedade, mais que singela conotação pessoa. Daí por que urge prevenir a insolvência da empresa. Daí por que basta a presunção de insolvência para justificar a busca de uma solução jurisdicional. O interesse de agir nos processos regidos pela LRE habita na necessidade de um provimento judiciário apto a dirimir não só a crise econômico-financeira de um empresário, mas também toda sorte de relações daí decorrentes, de modo a preservar, se possível, a unidade econômica produtiva.<sup>96</sup>

#### **4.3 - A preservação da empresa e a Ordem Econômica e Financeira Nacional na CF/88**

A promulgação da CF/88 trouxe uma nova paisagem jurídica a ser observada em nosso país, estabelecendo fundamentos (art. 1º) e objetivos (art. 3º) a serem perseguidos pela República Federativa do Brasil, tais como a dignidade da pessoa humana, a qual constitui a espinha dorsal do nosso ordenamento jurídico, a valorização do trabalho humano e a busca por uma sociedade livre, justa e solidária.

Nessa linha, ressalta da CF/88, para além do papel de organizar e estruturar politicamente o Estado brasileiro, sua função norteadora do nosso sistema jurídico, sobretudo mediante os princípios acima expostos, os quais funcionam não apenas como um fim em si mesmo, mas como parâmetros e limites dirigidos ao legislador infraconstitucional na realização de sua tarefa.

Tendo em mente referidos valores jurídicos, o constituinte de 88 assentou uma Ordem Econômica e Financeira Nacional fundada na dignidade da pessoa humana, na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, com vistas à

---

<sup>96</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2005. Pág. 35.

realização de justiça social e concretização da existência digna de todos, observando-se a função social da propriedade e a busca do pleno emprego, conforme se infere dos arts. 1, 3 e 170 da CF/88. Nesse ponto, RAUL MACHADO HORTA concebe que a Ordem Econômica e Financeira é:

fragmento da Constituição, uma parte do todo constitucional e nele se integra. A interpretação, a aplicação e a execução dos preceitos que a compõem reclamam o ajustamento permanente das regras da Ordem Econômica e Financeira às disposições do texto constitucional que se espraiam nas outras partes da Constituição. A Ordem Econômica e Financeira é indissociável dos princípios fundamentais da República Federativa e do Estado Democrático de Direito. Suas regras visam atingir os objetivos fundamentais que a Constituição colocou na meta constitucional da República Federativa. A Ordem Econômica e Financeira é, por isso, instrumento para construção de uma Sociedade livre, justa e solidária. É a fonte das normas e decisões que permitirão à República garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.<sup>97</sup>

Nesse ambiente, o legislador de 2005, na edição Lei 11.101/05, assentou em suas disposições alguns princípios norteadores de sua interpretação e aplicação em adstrita consonância com o texto constitucional, destacando-se, nesse particular, o art. 47, que versa sobre o instituto da recuperação judicial. Consoante MARCIA CARLA P. RIBEIRO:

o princípio da preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica figuram como cânones interpretativos expressamente previstos no texto legal (art. 47), tornando imperativa a manutenção do agregado empresarial sempre que possível e viável ao bom funcionamento do mercado.<sup>98</sup>

Logo, tem-se que, dentro da principiologia apregoada no referido dispositivo legal, figuram princípios infraconstitucionais de suma importância, especialmente aqueles voltados à consecução dos fins e valores da Ordem Econômica e Financeira prevista no Título VII da CF/88.

De modo específico, o constituinte destacou a função social da propriedade como um princípio geral da atividade econômica. A funcionalização do direito de propriedade fez com que se abandonasse a noção clássica deste, o qual era visto como

---

<sup>97</sup> HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey. 1995. Pág. 301.

<sup>98</sup> BERTOLDI, Marcelo M e RIBEIRO, Márcia Carla P. **Curso avançado de direito comercial**. 4ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora RT, 2008. Pág. 471.

um direito de gozo e disposição quase absoluta por parte de seu titular. Após a CF/88, portanto, o titular do direito de propriedade deve exercê-lo não mais de maneira absoluta, mas nos limites de sua finalidade social, sendo esta, portanto, um dever a ser respeitado pelo proprietário.

Posta tal concepção, inafastável a ligação entre o direito de propriedade e a empresa, a qual também deve ser vista sob o prisma da função social. Consoante CRISTIANE BUDEL WALDRAFF, citando o posicionamento de Eros Roberto Grau, “o conceito de função social da propriedade se substancia precisamente quando aplicado à propriedade dos bens de produção e, dessa forma, ao se fazer referência à função social dos bens de produção, se está aludindo à função social da empresa”<sup>99</sup>.

Ao se pensar no papel do empresário, enquanto organizador e unificador dos elementos necessários para o exercício profissional de sua atividade, compreende-se que a função social da propriedade, tratada no art. 170, inc. III da CF/88, implica diretamente nessa apropriação de bens de produção, pelo que o empresário só exercerá legitimamente seus negócios quando em consonância com a orientação axiológica constitucional. Ou seja, a apropriação dos bens de produção permitirá ao particular exercer a atividade empresarial, devendo esta, em que pese visar à lucratividade, atender aos ditames constitucionais de justiça social e de concretização da existência digna de todos<sup>100</sup>.

Nessa linha raciocínio, a função social da empresa, tratada expressamente no art. 47 da LRE e albergada pela CF/88<sup>101</sup>, é posta em evidência quando se fala em

<sup>99</sup> WALDRAFF, Cristiane Budel. **Contrato de trabalho e crise econômica da empresa: alteração contratual com base na nova lei de falências e na teoria da imprevisão**. Curitiba: Juruá, 2009. Pág. 31.

<sup>100</sup> Calha frisar, em específico, o posicionamento de GUSTAVO TEPEDINO, quando pontua que “o legislador constituinte, de maneira categórica, pretende evitar que a iniciativa econômica privada possa ser desenvolvida de maneira prejudicial à promoção da dignidade da pessoa humana e à justiça social. Rejeita, igualmente, que os espaços privados, como a família, a empresa e a propriedade, possam representar uma espécie de zona franca para a violação do projeto constitucional” (TEPEDINO, Gustavo. **A Constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código**. In Direito Civil: atualidades. Bruno Torquato de Oliverira Naves, Maria de Fátima Freire de Sá (coord). Belo Horizonte. Del Rey, 2003. Pág. 118).

<sup>101</sup> Vale mencionar o posicionamento defendido por CARLOS ALBERTO FARRACHA DE CASTRO, em tese intitulada “**A preservação da empresa no novo código civil**”, apresentada ao programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná como requisito à obtenção do título de Doutor em Direito. Neste trabalho, o autor concebe a preservação da empresa como princípio constitucional não escrito, que decorre dos princípios da busca do pleno emprego (CF/88, art. 170, VIII) e do princípio da função social da propriedade (CF/88, art. 170, inc. III). Escreve o autor que “sem preservação da atividade empresarial inexistente emprego, razão pela qual não há como se valorizar o trabalho, motivo por que a pretensão do legislador constituinte ficaria reservada ao seu imaginário” e

recuperação empresarial. Tal instituto trazido pela LRE consagrou a continuidade da empresa, desde que viável, com vistas a minimizar o impacto social e econômico que o possível encerramento da atividade comercial acarretaria à sociedade humana. Assim, se “é das empresas que provém a grande maioria dos bens e serviços consumidos pelo povo, e é delas que o Estado retira a parcela maior de suas receitas fiscais”<sup>102</sup>, imperioso é a sua preservação, sendo este o ideário maior do legislador de 2005 e, portanto, um dos motivos justificadores do Estado intervir na economia através da recuperação empresarial, afastando a auto-regulação do mercado.

Desta feita, tem-se que a manutenção dos empregos e, com isso, a valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*, da CF/88), bem como a continuidade da produção de bens para satisfação das necessidades da população são vertentes da função social da empresa atendidas pela continuidade do exercício da atividade empresarial permitida pela recuperação empresarial.

Conforme RACHEL SZTAJN:

A função social da empresa presente na redação do artigo [47 da Lei 11.101/05], indica, ainda, visão atual referente à organização empresarial, cuja existência está estribada na atuação responsável no domínio econômico, não para cumprir as obrigações típicas do Estado nem substituí-lo, mas sim no sentido de que, socialmente, sua existência deve ser balizada pela criação de postos de trabalho, respeito ao meio-ambiente e à coletividade e, nesse sentido é que se busca preservá-la.<sup>103</sup>

Inarredável, portanto, que através da preservação da empresa, busca-se diretamente animar o exercício da atividade econômica por parte dos particulares, restando satisfeitos, indiretamente, outros interesses humanos e sociais que gravitam em torno da empresa, devidamente positivados no texto constitucional (arts. 1, 3 e 170 da CF/88). Nesse diapasão, RACHEL SZTAJN entende que o art. 47 da LRE:

ao se referir a estímulo à atividade econômica, está implícito o reconhecimento de que a empresa é uma das fontes geradoras de bem-estar social e que, na

---

que a função social da propriedade “*não tolera a extinção de empresas produtivas, sob pena de não atender aos interesses coletivos, mas, tão-somente, aos individuais e patrimoniais dos seus titulares*” para, adiante, concluir que “*o legislador constituinte defende a preservação da empresa; em caso contrário, não existirá função social concreta e, muito menos, haverá o desenvolvimento de atividade produtiva, com reflexos sociais, como a geração de empregos*”.

<sup>102</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995, Pág. 3.

<sup>103</sup> SZTAJN, Raquel. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coord.). São Paulo: Editora RT, 2005. Pág. 221.



cadeia produtiva, o desaparecimento de qualquer dos elos pode afetar a oferta de bens e serviços, assim como a de empregos, por conta do efeito multiplicador na economia.<sup>104</sup>

Assim, resta claro que a Lei 11.101/05 acertou ao enfatizar a possibilidade do empresário em dificuldades econômicas e financeiras requerer recuperação empresarial, instituto que permitirá a reorganização e conseqüente continuidade de seus negócios.

Do contrário, tivesse o legislador de 2005 permanecido no espírito de esvaziamento e cessação da atividade empresarial tal qual enraizado no Dec. Lei 7.661/45, estar-se-ia afrontando diretamente o princípio da preservação da empresa e sua funcionalização, trazidos pela nova lei de forma a evitar situações prejudiciais à sociedade humana e contrárias às exigências da atual atividade empresarial brasileira.

Tal é o raciocínio de CRISTIANE BUDEL WALDRAFF, para quem a recuperação da empresa em crise é uma materialização do reconhecimento da função social da empresa. Diz citada autora que “se a existência da empresa com uma função social é reconhecida e valorizada, é forçoso reconhecer que, em hipóteses de crise dessa empresa, deve o Direito desenvolver mecanismos jurídicos adequados para a tentativa de seu salvamento”<sup>105</sup>, tal como se destina o instituto da recuperação empresarial trazido pela Lei 11.101/05.

Contudo, como já aventado, o legislador de 2005 prestigiou a distinção entre empresa economicamente viável e não viável, a partir da qual possível enxergar-se outra vertente da função social da empresa. Isto é, o empresário, no exercício de sua liberdade de iniciativa, trazendo ao mercado uma empresa economicamente inviável, estará afrontando ditames previstos constitucionalmente para a Ordem Econômica e Financeira Nacional, como a valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*, da CF/88), eis que, possivelmente, os trabalhadores não receberão - ou receberão a menor - os seus direitos trabalhistas, e a própria função social da propriedade (art. 170, inc. III, da CF/88), princípio que só restará preenchido quando a apropriação dos bens

---

<sup>104</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>105</sup> WALDRAFF, Cristiane Budel. **Contrato de trabalho e crise econômica da empresa: alteração contratual com base na nova lei de falências e na teoria da imprevisão**. Curitiba: Juruá, 2009. Pág. 46.

de produção comportar a realização do desenvolvimento nacional conforme os ditames de justiça social.

Dessa forma, o princípio da preservação da empresa, com vistas ao atendimento da sua funcionalização, não pode ser adotado na ampla busca da manutenção dessas atividades nocivas à sociedade como um todo, havendo a “inequívoca necessidade de retirada do mercado daquelas empresas deficitárias e sem solução, a fim de evitar o agravamento de seus problemas, puxando para a mesma situação aquelas entidades saudáveis, com verdadeiro efeito dominó”<sup>106</sup>. Em específico, CRISTIANE BUDEL WALDRAFF preconiza que:

é requisito da viabilização da empresa em crise a demonstração de que os custos sociais da recuperação sejam efetivamente inferiores aos de sua liquidação. Não há porque investir em um tratamento para recuperar o empreendimento apenas pelas vantagens pessoais ou particulares que os proprietários possam auferir. É necessário que a sociedade como um todo lucre ou, aos menos, não sofra prejuízos ainda maiores<sup>107</sup>.

Nesse caminho, uma interpretação assistencialista da função social da empresa, que consagra, em nome deste princípio, a irrestrita busca pela sua preservação, pode acarretar nefastos efeitos ao empresário e à sociedade humana, que pode suportar os custos da mal sucedida tentativa de recuperação de uma empresa economicamente inviável. Daí a razão de RACHEL SZTAJN dizer que:

a função social da empresa só será preenchida se for lucrativa, para o que deve ser eficiente. Eficiência, nesse caso, não é apenas produzir os efeitos previstos, mas é cumprir a função despendendo pouco ou nenhum esforço; significa operar eficientemente no plano econômico, produzir rendimento, exercer a atividade de forma a obter os melhores resultados. Se deixar de observar a regra da eficiência, meta-jurídica, dificilmente, atuando em mercados competitivos, alguma empresa sobreviverá. Esquemas assistencialistas não são eficientes na condução da atividade empresária, razão pela qual não podem influir, diante de crise, na sua recuperação.<sup>108</sup>

Assim, tem-se que o instituto da recuperação empresarial, calcado na preservação da empresa, transpôs os interesses que circundavam a concordata,

---

<sup>106</sup> CLARO, Carlos Roberto. **Revocatória falimentar**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2005, Pág. 248.

<sup>107</sup> WALDRAFF, Cristiane Budel. **Contrato de trabalho e crise econômica da empresa: alteração contratual com base na nova lei de falências e na teoria da imprevisão**. Curitiba: Juruá, 2009. Pág. 50.

<sup>108</sup> SZTAJN, Raquel. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coord.). São Paulo: Editora RT, 2005. Pág. 222.

deixando de restringir seu foco unicamente na satisfação dos credores para atender à realização do bem comum, através da conjugação de interesses do empresário, dos credores, dos trabalhadores e do próprio Estado.

Dessa forma, ressalta-se a ligação do novel instituto com os princípios constitucionais, mormente aqueles ligados à Ordem Econômica e Financeira Nacional, eis que a manutenção da empresa economicamente viável contribui para estabilidade e geração de postos de empregos, bem como serve de estímulo para o exercício da atividade econômica pelos particulares, de forma a manter o mercado em equilíbrio e a economia aquecida.

## **5. DO POSSÍVEL CONFLITO DE INTERESSES NA DELIBERAÇÃO SOBRE O PLANO DE RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL**

### **5.1 – A Assembléia Geral de Credores e a forma legal de se obter a aprovação do plano de recuperação empresarial**

A chegada da Lei 11.101/05 conferiu um papel de destaque aos credores, os quais ganharam, mediante reunião e atuação em assembléia geral, uma participação ativa no curso dos processos de recuperação e falência.

Conforme assinala JORGE LOBO, a inovatória<sup>109</sup> previsão da Assembléia Geral de Credores constitui-se em um “órgão colegiado deliberativo, convocado e instalado na forma da lei, que tem a função de examinar, debater e decidir as matérias

---

<sup>109</sup> Tal novidade não se deu no plano legal, dado que, conforme RUBENS APPROBATO MACHADO “... a Assembléia Geral de Credores não é novidade no direito brasileiro falimentar. Na vigência do Decreto-Lei 7.661/45, era prevista essa modalidade de participação dos credores no processo de falência, para deliberar sobre a forma alternativa de realização do ativo, conforme os artigos 122 e 123 do Dec. lei 7.661/45” (in MACHADO, Rubens Approbato. **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. Rubens Approbato Machado (coord.). 2ª ed. São Paulo: Quarter Latin, 2007. Pág. 35). Todavia, estas hipóteses traçadas pela LFC dificilmente ocorriam no plano prático, motivo pelo qual JORGE LOBO atesta que “a revogada Lei de Quebras praticamente baniu a assembléia geral de credores no processo de falência, mantendo-a apenas nos raros casos dos arts. 122 e 123, §3º” (in LOBO, Jorge. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão (coord.). 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. Pag. 35). No mesmo sentido, MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO observa que “o desinteresse dos credores sempre foi tão acentuado em formação de assembléias que estes artigos caíram no esquecimento, sendo desconhecidos até por muitos daqueles que atuam neste campo do direito” (in BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova lei de recuperação e falências comentada**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2005. Pág. 110). Daí encontrarmos na doutrina o tratamento da Assembléia Geral de Credores como novidade trazida pela LRE, a qual, se não se deu no campo legislativo, efetivamente se deu na estrutura e nas possibilidades de atuação de tal órgão.

de sua atribuição exclusiva, discriminadas no art. art. 35, I e II, da LRE”<sup>110</sup>. A idéia de órgão atribuída à tal assembléia reflete no propósito de sua formação e atuação, isto é, visa reunir os credores para que estes, coletivamente, atuem em comunhão, com vistas a decidirem sobre o recebimento de seus créditos, fiscalização dos atos praticados pelo administrador judicial, bem como sobre qualquer outro interesse que seja comum à massa creditícia. Nesse sentido, diz-se que “a Assembléia é o órgão predisposto pela Lei 11.101/05 para formar e expressar a vontade coletiva da comunhão de credores, através de suas deliberações. Exerce, assim, *poder-função* deliberante”<sup>111</sup>.

No que tange à recuperação judicial, as atribuições próprias conferidas à Assembléia Geral de Credores, a partir do art. 35, inc. I da LRE, cingem-se na possibilidade dos credores deliberarem sobre a aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor (alínea “a”), a constituição do Comitê de Credores e a escolha de seus membros (alínea “b”), o pedido de desistência da recuperação judicial efetuado pelo credor (alínea “d”), o nome do gestor judicial quando do afastamento do devedor (alínea “e”) e qualquer outra matéria que afete o interesse dos credores (alínea “f”).

Tal assembléia será convocada *ex officio* pelo juiz, mediante edital publicado em órgão oficial e em jornais de grande circulação nos locais das sedes e filiais da empresa em crise ou, também, por requisição dos credores que representem, no mínimo, 25% do valor total dos créditos de uma determinada classe, nos termos do art. 36 da LRE<sup>112</sup>. Será instalada, em primeira convocação, com a presença dos titulares de mais da metade dos créditos de cada classe de credores ou, em segunda convocação, com qualquer número destes presentes, incumbindo sua presidência ao administrador judicial, quem terá a competência para designar o secretariado entre os credores

<sup>110</sup> LOBO, Jorge. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão (coord.). 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. Pág. 35.

<sup>111</sup> VALLADÃO A. E N. FRANÇA. Erasmo. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coord.). São Paulo: Editora RT, 2005. Pág. 188.

<sup>112</sup> Lei 11.101/05, Art. 36 - A assembléia-geral de credores será convocada pelo juiz por edital publicado no órgão oficial e em jornais de grande circulação nas localidades da sede e filiais, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias ..., §2º Além dos casos expressamente previstos nesta Lei, credores que representem no mínimo 25% (vinte e cinco por cento) do valor total dos créditos de uma determinada classe poderão requerer ao juiz a convocação de assembléia-geral.

presentes<sup>113</sup>.

O credor tem direito de se fazer representar por mandatário ou representante legal, devendo este apresentar os documentos necessários estipulados no art. 37, §4º da LRE<sup>114</sup>, hipótese na qual o presidente dos trabalhos “deverá examinar, com rigor, os poderes de mandatários e representantes legais dos credores, para evitar eventual ação de nulidade da deliberação assemblear, sob o pretexto de falta ou excesso ou desvio ou abuso de poderes”<sup>115</sup>.

Terão direito de voto em assembléia, o qual será exercido, via de regra, de forma proporcional ao valor do crédito<sup>116</sup>, os integrantes do quadro geral de credores ou, na falta deste, a relação de credores apresentada pelo administrador judicial ou, ainda na falta desta, a relação de credores apresentada pelo próprio devedor, “esta sempre acrescida dos que estejam habilitados ou tenham créditos admitidos ou alterados por decisão judicial, inclusive credores garantidos por reservas de bens”<sup>117</sup>.

Uma vez reunidos em assembléia, os credores se subdividirão em classes, as quais, a partir do art. 41 da LRE, correspondem à: a) classe dos titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; b) classe dos titulares de créditos com garantia real; c) classe dos titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, geral ou subordinados.

Dentre as já mencionadas atribuições delineadas no art. 35 da LRE, se destaca aquela prevista no seu inc. I, alínea “a”, qual seja, a que concede à Assembléia Geral de Credores o poder de deliberar sobre a aprovação, modificação ou rejeição do

---

<sup>113</sup> Lei 11.101/05, Art. 37 - A assembléia será presidida pelo administrador judicial, que designará 1 (um) secretário dentre os credores presentes.

<sup>114</sup> Lei 11.101/05, Art. 37, § 4º - O credor poderá ser representado na assembléia-geral por mandatário ou representante legal, desde que entregue ao administrador judicial, até 24 (vinte e quatro) horas antes da data prevista no aviso de convocação, documento hábil que comprove seus poderes ou a indicação das folhas dos autos do processo em que se encontre o documento.

<sup>115</sup> LOBO, Jorge. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão (coord.). 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. Pág. 99.

<sup>116</sup> Lei 11.101/05, Art. 38 - O voto do credor será proporcional ao valor de seu crédito, ressalvado, nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, o disposto no § 2º do art. 45 desta Lei.

<sup>117</sup> BERTOLDI, Marcelo M e RIBEIRO, Márcia Carla P. **Curso avançado de direito comercial**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2008. Pág. 491.

plano de recuperação judicial, tornando-se obrigatória sua convocação e instalação na hipótese de se configurar qualquer objeção dos credores ao referido plano<sup>118</sup>. Nessa específica atribuição habita um dos motivos da subdivisão dos credores em classes, pois, se, a rigor, as deliberações levadas ao crivo da Assembléia Geral de Credores são aprovadas mediante mais da metade do valor total dos créditos presentes à mesma<sup>119</sup>, a deliberação a respeito do plano de recuperação judicial envolve uma das exceções a tal regra, eis que só será aprovada mediante anuência de todas as classes previstas no art. 41 da LRE, conforme determina o art. 45 da mesma lei<sup>120</sup>.

Sobre o tema, JORGE LOBO explica que a Assembléia Geral de Credores:

toma deliberações de interesse dos credores com fundamento no princípio majoritário (art. 42), salvo quanto: a) às decisões sobre o plano de recuperação, em que a votação obedece ao sistema de dupla maioria e ao sistema de voto por cabeça; b) à realização do ativo na falência de forma alternativa, que se orienta pelo princípio da maioria qualificada; e c) à constituição do comitê de credores, que se baseia em um critério especial.<sup>121</sup>

Afastando-se do princípio majoritário, o art. 45 da LRE adota o “sistema de dupla maioria, com relação aos credores com garantia real, quirografários, com privilégio real, com privilégio especial e subordinados (art. 45, §1º), e o voto por cabeça,

<sup>118</sup> Havendo objeção ao plano de recuperação judicial, a Assembléia Geral de Credores que irá deliberar sobre este deverá ocorrer dentro de 150 dias. Aqui, conforme MARCIA CARLA P. RIBEIRO, “*se a Assembléia Geral de Credores não ocorrer dentro do prazo de 180 dias, conforme estipulado no art. 6, §. 4, o devedor perderá uma das prerrogativas oferecidas pelo processo de recuperação judicial: a suspensão das ações e execuções dos credores. Portanto, durante este período, o devedor terá liberdade para negociar com os credores, terá um poder de barganha para buscar a aprovação do plano; passados os 180 dias, as ações e execuções retomam seu curso normal, independentemente do pronunciamento judicial*” (in BERTOLDI, Marcelo M e RIBEIRO, Márcia Carla P. **Curso avançado de direito comercial**. 4ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora RT, 2008. Pág. 521)

<sup>119</sup> Lei 11.101/05 – Art. 42. Considerar-se-á aprovada a proposta que obtiver votos favoráveis de credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia-geral, exceto nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial nos termos da alínea *a* do inciso I do **caput** do art. 35 desta Lei, a composição do Comitê de Credores ou forma alternativa de realização do ativo nos termos do art. 145 desta Lei.

<sup>120</sup> Lei 11.101/05, Art. 45 - Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta.

§ 1º Em cada uma das classes referidas nos incisos II e III do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes.

§ 2º Na classe prevista no inciso I do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito.

§ 3º O credor não terá direito a voto e não será considerado para fins de verificação de quorum de deliberação se o plano de recuperação judicial não alterar o valor ou as condições originais de pagamento de seu crédito.

<sup>121</sup> LOBO, Jorge. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão (coord.). 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. Pág. 94.

quanto aos credores trabalhistas e por acidentes de trabalho (art. 45, §2º, c/c art. 41, §1º)”<sup>122</sup>. Visou a LRE, com tal sistemática, “estimular o comparecimento do credor à assembléia geral e a sua participação no conclave, qualquer que seja o valor do seu crédito, ainda que diminuto”<sup>123</sup>.

Desta feita, tem-se que, da análise de referido dispositivo legal, as deliberações sobre o plano de recuperação judicial envolverão a aprovação de todas as classes de credores, seguindo-se, conforme MÁRCIA CARLA P. RIBEIRO:

os seguintes quóruns: 1) na classe de credores que sejam titulares de créditos com garantia real, quirografários, com privilégio especial, com privilégio real ou subordinados a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes; 2) na classe de credores titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito.<sup>124</sup>

Nesse passo, restando aprovado o plano de reorganização na forma acima explicitada e, cumpridos os demais requisitos exigidos pela lei<sup>125</sup>, o juiz concederá a

<sup>122</sup> LOBO, Jorge. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão (coord.). 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. Pág. 92. Calha mencionar, quanto à sistemática de dupla maioria prevista no art. 45, §1º da LRE, o didático e elucidativo exemplo adotado por JORGE LOBO, quando ensina que “*se o valor total dos créditos com garantia real presentes somar, por exemplo, R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e for devido por três credores hipotecários ou pignoratícios, é necessário, no mínimo, que dois deles, totalizando R\$ 50.001,00, aprovem a proposta, ou, por exemplo, se a proposta contar apenas com o voto favorável de um credor, ainda que titular de mais da metade do valor total dos créditos presentes, não será considerada aprovada, porque não foram atendidos, cumulativamente, ambos os requisitos – maioria do capital e maioria das pessoas*” (LOBO, Jorge. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão (coord.). 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. Pág. 114).

<sup>123</sup> LOBO, Jorge. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão (coord.). 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. Pág. 92.

<sup>124</sup> BERTOLDI, Marcelo M e RIBEIRO, Márcia Carla P. **Curso avançado de direito comercial**. 4ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora RT, 2008. Pág. 492.

<sup>125</sup> Quanto aos requisitos legais para a concessão da recuperação judicial, JORGE LOBO os elenca, na seguinte ordem: “*a) ter legitimidade ativa ad causam (art. 1); b) preencher os requisitos do art. 48; c) ter instruído a petição inicial em obediência ao art. 51; d) ter apresentado, no prazo legal, plano de recuperação judicial em consonância com o art. 53; e) prever o plano de recuperação o pagamento aos credores trabalhistas nas condições do art. 54; f) não ter havido objeção ao plano de recuperação (art. 55) ou ter sido rejeitada objeção pela assembléia geral e, em consequência, haver o plano de recuperação sido aprovado pela assembléia geral com ou sem modificações (art. 58); e, por fim g) ter juntado aos autos certidões negativas de débitos tributários (art. 57)*” (In LOBO, Jorge. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão (coord.). 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. Pág. 173).

recuperação judicial ao devedor, seguindo determinação do art. 58 da LRE<sup>126</sup>. De outra banda, não cumpridas as exigências legais, dentre elas, a aprovação do plano na forma qualificada, a partir do art. 45 da LRE, determina a lei que o juiz procederá ao decreto da falência do requerente da recuperação, a partir do apregoado no art. 56, §4º, da LRE<sup>127</sup>.

Entretanto, a própria lei falimentar prevê uma posição intermediária entre tais extremos, isto é, uma forma diversa de aprovação do plano de recuperação, consoante previsão expressa em seu art. 58, §1º<sup>128</sup>. Trata-se tal hipótese legal de atendimento a um quórum diferenciado, que permite ao juiz conceder a recuperação judicial mesmo que o plano não tenha sido aprovado em Assembléia Geral de Credores mediante atendimento das exigências postas no art. 45 da LRE.

Assim, a recuperação judicial poderá ser concedida ao devedor desde que, na mesma assembléia que rejeitou o plano, este tenha obtido, de forma cumulativa: aprovação de mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes; aprovação de 2 (duas) das classes de credores no termos do art. 45 da LRE ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas; aprovação, na classe que houver rejeitado o plano, de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 da LRE. Fica ressalvado, apenas, que a concessão da recuperação com base no art. 58, §1º da LRE não poderá implicar tratamento diferenciado em relação aos credores da classe que houver rejeitado o plano na forma do art. 45 da mesma lei.

---

<sup>126</sup> Lei 11.101/05, Art. 58 - Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

<sup>127</sup> Lei 11.101/05, Art. 56 - § 4º Rejeitado o plano de recuperação pela assembléia-geral de credores, o juiz decretará a falência do devedor.

<sup>128</sup> Lei 11.101/05, Art. 58, § 1º - 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 assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa: I - o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, 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 §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.



Logo, conforme FABIO ULHOA COELHO, é possível sintetizar que:

três podem ser os resultados da votação na Assembléia: a) aprovação do plano de recuperação, por deliberação que atendeu ao quórum qualificado da lei; b) apoio ao plano de recuperação, por deliberação que quase atendeu a esse quórum qualificado; c) rejeição de todos os planos discutidos.<sup>129</sup>

## 5.2 – Os interesses contrapostos na deliberação sobre o plano de recuperação empresarial

Como visto, a Assembléia Geral de Credores foi concebida pelo legislador de 2005 como um órgão no qual os credores irão atuar em comunhão, com vistas ao alcance do interesse comum da massa creditícia.

Nessa linha, a LRE incluiu nas incumbências de tal assembléia a deliberação sobre a aprovação, modificação ou rejeição do plano de recuperação apresentado pelo devedor, conferindo aos credores, com isso, a poder de decidirem sobre o destino da empresa em crise.

Conforme MOACYR LOBATO DE CAMPOS FILHO:

O legislador de 2005 deferiu aos credores participação e responsabilidade decisivas na recuperação judicial. Sem eles, não há como o devedor prosperar no seu intento de evitar a declaração judicial da falência por intermédio da reestruturação da empresa. Nesse ambiente, a assembléia geral de credores assume papel de crucial importância no futuro da empresa.<sup>130</sup>

No mesmo enfoque, WALDO FAZZIO JUNIOR dita que:

na verdade, quem pode conceder a oportunidade da recuperação são os credores, se entenderem que esse caminho é, para si, melhor do que a via falencial (...) Primeiro, verificam se realmente a empresa do devedor é viável. Depois, analisam se o modo da recuperação proposta atende as suas expectativas, como credores. Se sim, concordam com o plano. Se não, podem propor plano alternativo. Se definitivamente não, rechaçam a proposta. Nas três hipóteses, árbitros da recuperação são os credores.<sup>131</sup>

Posto isso, há de se ter em mente que tal poderio dado aos credores, da forma como consagrado na LRE, pode suplantar o escopo maior da nova sistemática falimentar, qual seja, a preservação da atividade empresarial.

<sup>129</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação judicial de empresas (Lei 11.101 de 09/02/2005)**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Pág. 167.

<sup>130</sup> CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. **Falência e recuperação**. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2007. Pág. 134.

<sup>131</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova lei de falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2005. Pág. 98-99.

Não se nega que os credores sejam bem capacitados para avaliarem a condição financeira e econômica da empresa e, por isso, foram legalmente designados para avaliarem o plano de recuperação apresentado pelo devedor. Porém, não se pode olvidar para o fato de que, invariavelmente, os interesses dos credores são antagônicos aos do empresário, sendo aqueles possuídos pela vontade de realizarem imediatamente os seus créditos e, este, mediante pedido de recuperação judicial, motivado primordialmente pela continuidade de seus negócios. Daí a razão de MOACYR LOBATO DE CAMPOS FILHO afirmar que “o credor atua na assembléia geral no resguardo de seus interesses creditícios, examinando se a proposta de recuperação constitui instrumento hábil à viabilizar a realização de seu crédito” e que não há “dever do credor em relação à preservação da empresa”<sup>132</sup>. Nessa linha, referido autor conclui seu pensamento afirmando que:

O art. 47 da Lei de Recuperação e Falência determina que a recuperação judicial servirá aos propósitos de manutenção da fonte produtora, do emprego de seus trabalhadores e dos interesses dos credores, como meio hábil a promover a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. Com esse enunciado, a lei não elege o interesse dos credores apenas como relevante na recuperação judicial. O que o credor leva em conta, entretanto, é que a realização do crédito constitui o seu mais importante e legítimo interesse, pautando sua atuação na assembléia geral de credores.<sup>133</sup>

Não obstante tal aparente colisão entre os interesses do credor e do empresário, ressalta-se que a forma de representação dos credores estatuída na LRE para aprovação do plano de recuperação apresentado pelo devedor dá margem à instalação de conflitos, tanto entre as classes creditícias como na seara interna de cada classe legalmente estipulada.

O novel diploma falimentar brasileiro estabelece, a partir da reunião em assembléia geral, a divisão dos credores nas classes definidas no art. 41, quais sejam, a dos (I) titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; dos (II) titulares de créditos com garantia real; e dos (III) titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados.

---

<sup>132</sup> CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. **Falência e recuperação**. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2007. Pág. 135.

<sup>133</sup> CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. **Falência e recuperação**. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2007. Pág. 136.

A lógica de tal reunião está no fato de que os credores, “agindo de forma a maximizar resultados individuais, estarão também buscando o benefício máximo para o grupo”<sup>134</sup>.

Porém, tal divisão, por si só, já revela divergentes afeições entre as classes legalmente definidas, posto que possuem diferentes formas de deliberação e cada qual reúne, unicamente, uma espécie de credores, que, em se tese, se compatibilizam dentro de suas respectivas classes e se repelem fora delas.

Isto é, a própria composição da assembléia geral comporta classes de credores específicos que, provavelmente, conjugam preferências intraclasses homogêneas e extraclasses heterogêneas, como se pode inferir do choque entre os interesses das classes dos credores com garantias reais, para os quais, nas mais das vezes, importa a realização imediata de seus créditos e, a classe dos credores trabalhistas, para quem, a longo prazo, o mais interessante seria a continuidade dos negócios do devedor. Em específico, precisas as palavras de CALIXTO SALOMÃO FILHO, quando adverte que:

interesses de credores, interesses de trabalhadores e mesmo interesses de acionistas minoritários podem divergir bastante durante o processo de recuperação de empresa. Enquanto para o primeiro grupo a recuperação pode e deve ser – e com frequência é – um instrumento momentâneo, não necessariamente duradouro de preservação e garantia de seus créditos, para o segundo e terceiro grupos a manutenção duradoura da unidade produtiva é mais relevante.<sup>135</sup>

Demais disso, podem os credores reunidos em classes, conquanto titulares dos mesmos tipos de créditos, possuírem interesses não homogêneos, isto é, que não apontam na mesma direção de aprovação ou rejeição do plano de soerguimento da empresa. Ou seja, impende ser considerada situação em que, embora na mesma classe, parte dos credores almejem objetivos distintos, formando-se subgrupos de interesses ou, ainda, de todos possuírem interesses integralmente heterogêneos, isto é, tenderem votar de forma estritamente individual, à revelia da tomada de decisão em

---

<sup>134</sup> BAROSSO FILHO, Milton. **A assembléia geral de credores e plano de recuperação de empresas: uma visão em teoria dos jogos**. In Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro. Nº 137: Págs. 233-238. Janeiro-março/2005.

<sup>135</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coord.). São Paulo: Editora RT, 2005. Pág. 48.

grupo.

Conforme explica MILTON BAROSSO FILHO:

A constituição de grupos heterogêneos a partir de subgrupos com preferências ou interesses mais homogêneos do que o geral abre a possibilidade do exercício de poder por meio de acordos ou convenções em que prevaleçam a vontade de uma maioria minoritária. Caso a maioria minoritária caracterize a possibilidade do exercício de uma estratégia dominante estrita, então as preferências destes prevalecem.<sup>136</sup>

Assim, os subgrupos que se conformam dentro de cada classe de credores podem adotar comportamento diverso daquele pretendido pela maioria da respectiva classe creditícia e, até, da própria massa creditícia.

Consideremos, por exemplo, que em eventual assembléia geral, a classe dos credores com garantia real conta com 6 (seis) credores, sendo que 2 (dois) deles detêm 60% do valor total dos créditos. Esses 2 (dois) credores não representam a maioria simples dos pertencentes à classe e, indo mais além, podem sequer titularizar a maioria do passivo geral do devedor. Nos termos do art. 45, § 1º, da LRE, referida classe creditícia deverá aprovar o plano de recuperação empresarial “por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia e, *cumulativamente*, pela maioria simples dos credores presentes”. Logo, definindo esses 2 (dois) credores pela rejeição do plano, ainda que todos os demais credores da mesma classe e, também, de outras classes creditícias queiram ao contrário, o plano de recuperação será rejeitado, consoante literalidade do dispositivo legal supra mencionado, o qual estipula, expressamente, que a aprovação deverá ser de “*mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia...*”.

De outra banda, poder-se-ia cogitar de aprovação alternativa do plano de recuperação, segundo positivado no art. 58, § 1º, da LRE, o qual estabelece que o mesmo será aprovado, cumulativamente, com: (I) o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, 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

---

<sup>136</sup> BAROSSO FILHO, Milton. **A assembléia geral de credores e plano de recuperação de empresas: uma visão em teoria dos jogos**. In Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro. Nº 137: Págs. 233-238. Janeiro-março/2005.

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 §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

Tomando por base o exemplo anteriormente aventado, tem-se que, na hipótese de apenas os dois credores com garantia real haverem rejeitado o plano e todos os demais credores das outras duas classes terem votado em sentido diverso, as três condições legais restariam cumulativamente preenchidas, de modo que o plano de recuperação seria alternativamente aprovado pelo art. 58, §1º da LRE.

Todavia, há de se frisar a concreta possibilidade de negociação entre os credores, seja através da cessão de créditos entre estes, seja por intermédio de mero repasse de intenções de um credor para outro, de modo a se alterarem os critérios de dupla maioria e de maioria por cabeça na deliberação sobre o plano de recuperação. Isto é, havendo, na mesma assembléia geral em comento, uma classe de credores quirografários composta por 20 (vinte) votantes, dentre os quais 8 (oito) possuem 51% do valor total dos créditos pertencentes à classe, poderão estes 8 (oito) serem influenciados pelos 2 (dois) citados credores com garantia real e votarem em consonância pela não aprovação do plano de recuperação proposto pelo devedor. Em tal hipótese, o plano restaria obstado por duas classes de credores, sendo que os votantes em sentido desfavorável à aprovação, conquanto representem a maioria dos créditos reais e quirografários, não exibem a maioria dos credores do devedor, haja vista que a vontade de 10 credores prevaleceu, no mínimo, sobre a vontade de outros 16, sem levar em conta a vontade dos credores trabalhistas e, ainda, ao arrepio do valor e natureza dos créditos destes, os quais são voltados à própria subsistência do trabalhador e de sua família<sup>137</sup>.

---

<sup>137</sup> No que tange aos créditos trabalhistas, tem-se que a possibilidade de aprovação alternativa do plano de recuperação mediante deliberação de duas das três classes previstas no art. 41 da LRE, conforme assegura o art. 58, inc. § 1º da mesma Lei, traz à tona, ainda, uma assimetria do legislador no tratamento dos diferentes tipos de créditos abrangidos pelo processo de recuperação. Conforme observa CALIXTO SALOMÃO FILHO, “*é bastante evidente que a maior possibilidade de consenso se dá entre as votações em separado dos credores com garantia real e os quirografários. Esses têm, como já mencionado, o típico interesse creditório consistente na satisfação breve de seus créditos. Já os trabalhadores têm interesses tipicamente relacionados à preservação da empresa de que dependem, o que lhes é muito mais relevante que a satisfação imediata de seu crédito. Assim, a divergência mais provável é com a assembléia dos credores trabalhistas, restando clara a preferência legislativa pelos típicos créditos financeiros.* (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005.** Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coord.). São Paulo: Editora RT, 2005. Pág. 49).

Assim, configurando-se tal situação, o plano de recuperação não poderia ser aprovado por qualquer das vias previstas na LRE, isto é, tanto a apregoada no seu art. 45 quanto no art. 58, § 1º, dado que o inc. II deste dispositivo legal determina a aprovação em duas das três classes creditícias, o que não ocorreu no exemplo ventilado.

Cogite-se, ainda, a possibilidade da classe dos credores com garantia real ser composta por apenas um único credor, como uma instituição bancária. Caso este opte pela rejeição do plano de recuperação, a falência do devedor, nos termos da LRE, se faria de rigor, eis que não contemplados os requisitos de aprovação previstos tanto no seu art. 45 quanto no art. 58, §1º, eis que o inc. III deste dispositivo determina que o plano deve ser aprovado, no mínimo, por mais de 1/3 dos credores pertencentes à classe e, no presente exemplo, como só há um credor com garantia real, houve rejeição do plano por “toda” a classe creditícia.

Logo, intentando um subgrupo de credores a não aprovação do plano de recuperação empresarial e, ainda, na hipótese de conseguir com que tal ideário se reproduza em subgrupos minoritários de outras classes de credores, farão prevalecer a vontade minoritária na deliberação em assembléia geral. Ou seja, suficiente, apenas, o objetivo de rejeição do plano de recuperação empresarial pretendido por um subgrupo de credores “com capacidade de reprodução em mais de uma subassembléia, constituído de 2/3 do total dos créditos, ou mesmo com capacidade para convencer os demais credores e a solução se encaminhará no sentido de predominância pela falência” <sup>138</sup>.

Tal situação negocial entre os subgrupos de credores não pode ser ignorada na prática, sobretudo no interregno compreendido entre o deferimento do processamento da recuperação judicial e ocorrência da Assembléia Geral de Credores. Conforme observa PAULO SALVADOR FRONTINI:

a Lei de Recuperação não proibiu a cessão de créditos entre credores. Assim, desde o deferimento do processamento da recuperação, até se chegar à data da assembléia geral, mais de dois meses, pelo menos, se passarão. No curso

---

<sup>138</sup> BAROSSO FILHO, Milton. **A assembléia geral de credores e plano de recuperação de empresas: uma visão em teoria dos jogos.** In Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro. Nº 137: Págs. 233-238. Janeiro-março/2005.

destes, considerando eventuais e vultosos interesses em jogo, nada assegura que a assembléia geral de credores venha a ser um cenário de lealdade e de probidade. O devedor, de um lado, e os credores, de outro, poderão articular-se e servir-se de manobras para impor uma falência, evitando-se uma recuperação que poderia ser mais interessante sob a ótica do interesse público.<sup>139</sup>

Destarte, não se questiona que a LRE, mediante o sistema de deliberação sobre o plano de recuperação judicial apregoado em seu art. 45, visou abranger uma forma de votação que afastasse o absenteísmo que historicamente marca as assembléias de credores. Ou seja, visou propor uma atração a todos os credores, dos menores até os mais poderosos, para que compareçam e expressem suas vontades.

Tal é a opinião do senador RAMEZ TEBET, citado por Maria Odete Duque Bertasi, quando, a respeito do sistema de votos por cabeça estabelecido para os credores trabalhistas, explica que as:

deliberações sobre o plano de recuperação judicial (...) são tomadas por classe, observada a proporção do crédito de cada credor. Na classe dos trabalhadores, as diferenças entre os credores podem implicar inadmissível detrimento dos pequenos, que têm menor capacidade econômica para aceitar descontos ou diferimentos no recebimento, dado que o caráter alimentar das parcelas trabalhistas é tanto maior quanto menor for o crédito. Propomos, assim, que os votos dos trabalhadores nas votações por classe sejam tomados na proporção de um voto por trabalhador, e não em função do valor do crédito de cada um. Com essa medida, a todos os trabalhadores é dado igual peso na votação, o que protege os mais humildes.<sup>140</sup>

O mesmo escopo de proteção aos credores de menor porte pode ser verificado no sistema de dupla maioria estabelecido para aprovação do plano de recuperação nas demais classes de credores previstas no art. 41 da LRE, o qual, conforme ensina HÉCTOR CÂMARA, citado por Jorge Lobo, objetiva “evitar que os credores minoritários sejam sacrificados por titulares de créditos maiores e, ao mesmo tempo, que a maioria do capital possa, por uma questão de equidade, fazer prevalecer sua vontade na deliberação a ser adotada”<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> SALVADOR FRONTINI, Paulo. **Do estado de falido: sua configuração – inovações da nova lei de recuperação e falência.** In Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro. Nº 138: Págs. 7-24. Abril-junho/2005.

<sup>140</sup> DUQUE BERTASI, Maria Odete. **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas.** Rubens Approbato Machado (coord.). 2ª ed. São Paulo: Quarter Latin, 2007. Pág. 147.

<sup>141</sup> LOBO, Jorge. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência.** Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão (coord.). 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. Pág. 116.

Todavia, como já dito, a sistemática de representação assemblear legalmente estabelecida na LRE presume que os credores titulares dos mesmos tipos de créditos possuam interesses correlatos dentro de suas classes, o que pressupõe que todos atuem em mútua cooperação tendo em vista a satisfação de um interesse comum. Nesse passo, caso os interesses não sejam convergentes, inexistindo, portanto, tal cooperação, torna-se plenamente possível a ocorrência de conflitos entre os credores, os quais expressarão em seus votos vontade diversa daquela pertencente à maioria da massa creditícia, em contraponto ao benefício comum dos credores e dos interesses da própria empresa, que teve a busca por sua preservação expressamente idealizada pela LRE. Daí a razão de JORGE LOBO dizer que:

ao votar na assembléia geral, o credor não pode perpetrar o famigerado abuso de minoria e agir para atender, exclusivamente, ao seu próprio interesse, pois, convocado a deliberar sobre o plano de recuperação ou as alterações a ele propostas, o credor deve ponderar os princípios, que orientam a LRE, e os fins, por ela colimados.<sup>142</sup>

### **5.3 – Dos efeitos da deliberação dos credores sobre o plano de recuperação empresarial**

Submetido o plano de recuperação ao crivo dos credores reunidos em assembléia geral, caso estes deliberem no sentido de aprovação daquele, maiores problemas não se revelarão, dado que devedor, ao ingressar em Juízo com pedido de recuperação, está almejando justamente a continuidade de seus negócios. Isto é, a aprovação do plano de recuperação evidencia que os credores com ele concordam e, com isso, corroboram o desejo do devedor, fato que se traduz em situação ideal prevista na LRE, na qual credores e devedor apontam vontades convergentes e, assim, dão eficácia aos princípios positivados no art. 47 da mesma lei, dentre eles e, principalmente, o da preservação da empresa.

De outro banda, da deliberação negativa da Assembléia Geral de Credores sobre o plano de recuperação apresentado pelo devedor, exsurge o efeito positivado no art. 56, §4º da LRE<sup>143</sup>, qual seja, o da decretação da falência do devedor pelo juiz.

<sup>142</sup> LOBO, Jorge. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão (coord.). 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. Pág. 92.

<sup>143</sup> Lei 11.101/05, Art. 56, § 4º - Rejeitado o plano de recuperação pela assembléia-geral de credores, o juiz decretará



Tal conseqüência, a rigor, poderá não ser de toda drástica. Ainda que contrária ao escopo maior da LRE, que visou enfatizar a preservação da empresa, há de ressaltar que a viabilidade econômica da atividade desempenhada pelo devedor é fator primordial a ser levado em conta pelos credores na adoção de seus votos, pelo que, se os credores entenderem nesse sentido, acertadamente deliberarão pela não aprovação das linhas de recuperação traçadas pelo devedor em seu plano e, com isso, decidirão pela falência da empresa.

Contudo, aludida conseqüência legal traçada pela LRE pode advir não da simples inviabilidade dos negócios praticados pelo devedor, mas de conflitos de interesses dos credores ao deliberarem em assembléia geral, hipótese que, aqui sim, se mostrará grave e infringente ao interesse público que cerca a recuperação judicial.

Conforme já dito, a LRE tratou de acomodar os credores em classes correspondentes aos seus respectivos créditos para, assim conformados, deliberarem em assembléia geral. Tal composição leva em consideração que credores titulares das mesmas espécies de créditos possuem, em tese, interesses homogêneos e, assim, atuarão em grupo, tendo em vista o atendimento da satisfação de todos.

Todavia, tal homogeneidade pode não se revelar dentro de uma dada classe de credores, gerando conflitos de interesses entre estes, conflitos os quais, ademais, podem ser transferidos para outras classes creditícias, fazendo com que, em suma, uma atuação conjunta seja preterida por uma atuação egoística. Em tal situação, caso uma deliberação conflituosa culmine na rejeição do plano de recuperação judicial, o efeito da decretação da falência se manifestará desastroso pois, se estará retirando do mercado uma empresa não pela sua viabilidade econômica, mas por mero capricho de um ou alguns credores que, por egoísmo e capacidade de negociação, fazem prevalecer a deliberação que determine a cessação dos negócios praticados pelo devedor.

Ou seja, os credores, quando reunidos em assembléia geral e postos a deliberarem sobre o plano de recuperação, deverão estar norteados pela importância econômica da empresa em dificuldades, pela função social que esta desempenha e pelo caráter de preservação da empresa insculpido ao longo da LRE, ao revés de se

---

a falência do devedor.

pautarem em estratégias e interesses individuais que almejem ao contrário. Consoante exemplifica RACHEL SZTAJN, a situação assemblear se equipara a uma equipe de futebol, na qual, “se faltar cooperação, empenho de um ou alguns, o resultado da partida tende a ser ruim para o time, daí o incentivo para que todos se empenhem, independentemente de um apenas marcar o gol da vitória”<sup>144</sup>.

Assim, somente a partir deste espírito de cooperação entre os credores é que, pode-se dizer, estarão adotando uma deliberação uníssona; estarão atuando em comunhão de interesses e, dessa forma, estarão legitimamente aptos a rejeitarem o plano de recuperação judicial que lhes fora apresentando, acarretando a falência da empresa em dificuldades ou, do contrário, a aprovarem referido plano, consubstanciando a vontade do devedor e conferindo, a este, a possibilidade de continuar a frente de seus negócios e tentar a recuperação econômico-financeira deste.

Tal é o conclusivo pensamento de JORGE LOBO, para quem não há dúvidas de que:

o sucesso ou o fracasso da assembléia geral de credores dependerá de formar-se uma cultura – entre empresários e seus assistentes econômicos, financeiros e jurídicos – que privilegie, a um só tempo, diferentes valores, como soem ser: a) a conservação e a função social da empresa; b) a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho ; e c) a segurança jurídica e a efetividade de Direito.<sup>145</sup>

---

<sup>144</sup> SZTAJN, Rachel. **Notas sobre as assembléias de credores na lei de recuperação de empresas.** In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nº 138: Págs. 53-70. Abril-junho/2005..

<sup>145</sup> LOBO, Jorge. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência.** Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão (coord.). 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. Pág. 92.

## 6. O PAPEL DO JUIZ FRENTE À DELIBERAÇÃO SOBRE O PLANO DE RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL

O instituto da recuperação empresarial, em contraponto à substituída concordata, veio privilegiar a continuidade da atividade comercial praticada pelo devedor. Se tal caráter não estava presente no Dec. Lei 7.661/45, tem-se que a preservação da empresa foi destacada na reforma da legislação falimentar brasileira, ao passo que tal objetivo figura como um dos princípios da recuperação judicial, expressamente previsto no art. 47 da LRE.

Por outro lado, quis o legislador de 2005 que o destino do processo de recuperação judicial intentado pelo devedor passasse, primordialmente, pelas mãos dos seus credores, visto que estes são responsáveis por deliberarem sobre o plano de soerguimento apresentado por aquele, com as linhas e estratégias para a superação das dificuldades econômicas e financeiras enfrentadas. Isto é, da leitura dos arts. 35 a 46 da LRE, constata-se que “o devedor, para recuperar a sua empresa, dependerá mais da Assembléia Geral de Credores (art. 36), que, em última análise, terá o poder de decisão em conceder o prazo necessário para a recuperação da organização empresarial”<sup>146</sup>

Posto isso, viu-se que, uma vez convocados a atuarem, os credores poderão adotar posturas que não condigam com o objetivo precípua de preservação da empresa previsto na LRE. Ainda que este não deva ser buscado a todo custo, dado que a viabilidade econômica dos negócios praticados pelo devedor também se constitui como fator de suma importância para que a recuperação obtenha sucesso, tem-se que há possibilidade dos credores, por conflitos de interesses, rejeitarem o plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor, a despeito de uma avaliação efetiva da crise enfrentada por este ou dos parâmetros econômicos, financeiros ou societários traçados em seu plano.

Desse modo, a partir de uma preocupação com a realização imediata de seus créditos em detrimento do enfoque na recuperação da atividade, pode-se chegar à

---

<sup>146</sup> BIOLCHI, Osvaldo. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão (coord.). 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. Págs. XLII.-XLIII.

rejeição do plano de recuperação judicial e, por consequência, ao efeito previsto no art. 56, §4º da LRE, qual seja, a decretação da falência do devedor.

### **6.1 – Posicionamento doutrinário sobre o papel do juiz frente à deliberação da Assembléia Geral de Credores acerca do plano de recuperação empresarial**

No comentado estágio do processo de recuperação judicial, qual seja, na fase em que encerrada a deliberação dos credores sobre o plano de recuperação judicial, a LRE confere ao juiz duas possibilidades: a) conceder a recuperação judicial ao interessado, caso este cumpra com a documentação legal e tenha o plano aprovado pelos credores (art. 58 da LRE), seja pela forma qualificada (art. 45 da LRE), seja pela forma alternativa (art. 58, §1º da LRE) ou, b) decretar a falência do devedor, na hipótese de rejeição do plano de recuperação apresentado à Assembléia Geral de Credores (Art. 56, §4º da LRE).

A primeira hipótese envolveria apenas uma tarefa homologatória do juiz<sup>147</sup>, que concederia a recuperação judicial ao devedor após este ter obtido sucesso com o plano de recuperação frente aos credores.

Quanto à segunda hipótese, questiona-se se, por imposição legal, deve o juiz seguir à risca a determinação do legislador ou se, do contrário, é facultado-lhe interpretar a vontade dos credores e, ainda que estes rejeitem o plano de soerguimento, conceder a recuperação judicial ao devedor.

A doutrina elenca entendimento variável sobre o assunto, como o expressado, por exemplo, por EDUARDO SECCHI MUNHOZ, para quem, em “não sendo aprovado o plano pelo conjunto de credores reunidos no conclave, ao juiz não

---

<sup>147</sup> Chama-se atenção, apenas, para a hipótese dos credores haverem aprovado um plano notadamente inconsistente. É o que FABIO ULHOA COELHO chama de aprovação irresponsável de um plano com mero *blá-blá-blá*, que, na prática, não vai culminar na efetiva continuidade dos negócios do devedor. Em tal hipótese, referido autor concebe que “*pela lei brasileira, os juízes, em tese, não poderiam deixar de homologar os planos aprovados pela Assembléia dos Credores (...) mas, como a aprovação de planos inconsistentes levará à desmoralização do instituto, entendo que, sendo o instrumento aprovado um blá-blá-blá incontestado, o juiz pode deixar de homologá-lo e incumbir o administrador judicial, por exemplo, de procurar construir com o devedor e os credores mais interessados um plano alternativo*” (in COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação judicial de empresas (Lei 11.101 de 09/02/2005)**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Pág. 162).

restará alternativa senão a sua rejeição, salvo a hipótese prevista no art. 58, §1º<sup>148</sup>, culminando na inafastável falência do devedor. Continua o autor, dizendo que:

no modelo ora implantado, o juiz não exerce o papel de árbitro dos diversos interesses em jogo, capaz de decidir de acordo com o melhor interesse da sociedade, adotada no modelo francês, mas confia-se na negociação direta entre os diversos titulares de interesse, observados os parâmetros definidos na lei, como modelo ideal para se encontrar a solução mais eficiente e benéfica para a sociedade.<sup>149</sup>

Para o magistério de MARCIA CARLA P. RIBEIRO, uma vez submetido o plano de recuperação ao crivo dos credores, “se a Assembléia rejeitar o plano, o juiz deverá decretar a falência do devedor”<sup>150</sup>.

No mesmo enfoque, FABIO ULHOA COELHO defende que, na hipótese da Assembléia Geral de Credores não aprovar o plano de recuperação judicial tanto na forma qualificada, estatuída no art. 45 da LRE, quanto na forma alternativa, prevista no art. 58, §1º da mesma lei, o juiz “deve decretar a falência do requerente da recuperação judicial”<sup>151</sup>.

Tal vinculação do juiz à deliberação dos credores, contudo, não é uníssona entres os doutrinadores comercialistas.

No entender de JORGE LOBO:

a interpretação sistemática, teleológica e pragmática [da Lei 11.101/05] (...) leva

<sup>148</sup> O autor, comparando a Lei 11.101/05 com a legislação estrangeira, dita que “o *cram down* [possibilidade do juiz superar o veto ao plano imposto por uma classe de credores] da lei brasileira, ao contrário do que se verifica na disciplina adotada por outros países acerca do mesmo instituto, mantém fundamentalmente o poder de decisão com a assembléia geral de credores (...) Revelando a clara preocupação de limitar o poder do juiz, preferiu[o legislador] adotar critérios vinculados à obtenção de determinado número de votos na assembléia geral (incs. I a III do §1º do art. 58) (...) Por essas razões, seria recomendável a revisão dos critérios estabelecidos no art. 58 da lei no que respeita ao *cram down*, estabelecendo-se outros que sejam mais adequados à consecução da função pública da Lei de Recuperação. Tais critérios devem ampliar, ainda que sob limites bem definidos, o poder de interferência do juiz em relação à matéria, de sorte a evitar que o veto manifestado por uma classe de credores possa levar a um resultado incompatível com o interesse da sociedade na recuperação da empresa” ( in MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coord.). São Paulo: Editora RT, 2005. Pág. 284/289).

<sup>149</sup> MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coord.). São Paulo: Editora RT, 2005. Pág. 279-280.

<sup>150</sup> BERTOLDI, Marcelo M e RIBEIRO, Márcia Carla P. **Curso avançado de direito comercial**. 4ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora RT, 2008. Pág. 521.

<sup>151</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação judicial de empresas (Lei 11.101 de 09/02/2005)**, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Pág. 167.

à conclusão que o juízo não pode ser privado dos poderes e atribuições que lhe são assegurados por norma constitucional e pela LOMAN, nem impedido de exercer o controle da legalidade formal e substancial e, conforme o caso, o controle de mérito e decidir se a rejeição do plano pela assembléia geral de credores: a) atenta contra o interesse público; b) encerra indisfarçável fraude; c) importa em violação da LRE etc., o que obrigará o juízo a ir contra a “letra” do art. 56, §4º, e a não decretar a falência.<sup>152</sup>

No mesmo sentir, VIVIANE PEREZ, propondo uma leitura constitucional dos arts. 56 e 58 da LRE, conclui que “deve-se admitir que o juiz, casuisticamente, e animado pelos demais interesses que informam a preservação da empresa, possa conceder a recuperação judicial ainda que sem o consentimento da maioria dos credores”<sup>153</sup>.

MOACYR LOBATO DE CAMPOS FILHO concebe a idéia de que os credores podem votar abusivamente em assembléia geral e, rejeitando o plano de recuperação judicial, estariam afrontando outros interesses encartados no art. 47 da LRE. Desta feita, dita o autor que:

ao juiz caberá, no caso concreto, identificar as hipóteses de exercício abusivo do direito de voto, impondo as sanções correspondentes. Não exercerá o magistrado, principalmente em sede de recuperação judicial, atribuições meramente homologatórias, chancelando com uma espécie de visto judicial a vontade imperativa dos credores. Ao contrário, sua atuação deverá ser efetiva, evitando-se o desequilíbrio que a disparidade de poderio econômico poderá ensejar.<sup>154</sup>

Já CARLOS ROBERTO CLARO adota posicionamento de que cabe interpretação teleológica do art. 56, §4º da LRE e que, ademais, a última palavra no processo de recuperação é sempre do juiz. Diz o autor que:

na grande maioria das vezes a intenção do credor é receber a integralidade do crédito. Há, então, verdadeiro conflito de interesses, de um lado o credor, que pretende receber seu crédito, se possível na integralidade; de outro o devedor, que tenta se recuperar e para tanto pede a tutela jurisdicional (...) Assim, caso inexistir convergência de interesses e o plano venha a ser rejeitado, caberia, segundo a lei, a imediata decretação da falência. Será? Bem, o propósito da lei (art. 47) é conceder, ao devedor infeliz e de boa-fé, mecanismos para que ao menos tente sua recuperação (...) Então, cabendo ao juiz a última palavra no

<sup>152</sup> LOBO, Jorge. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão (coord.). 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. Pág. 92.

<sup>153</sup> PEREZ, Viviane. **Função social da empresa**. In Revista de Direito do Estado. Nº 4: Págs: 141-171. Outubro-dezembro/2006.

<sup>154</sup> CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. **Falência e recuperação**. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2007. Pag. 145.

processo, caso opte a assembléia pela rejeição do plano do devedor, não poderá haver imediata falência, como diz a lei. Isso porque, como dito, haverá de forma inequívoca, conflito de interesses, posições divergentes, e ao juiz, conhecedor de todos os atos praticados, caberá a palavra final. Nem sempre a falência será a melhor solução. Observe-se, sempre, o princípio da razoabilidade, cabendo aos credores e ao devedor a ponderação necessária e o equilíbrio a fim de que o processo cumpra sua real finalidade.<sup>155</sup>

Na esteira da não decretação imediata da falência do devedor ante a rejeição do plano de recuperação pela Assembléia Geral de Credores está, ainda, o ensinamento de PAULO SALVADOR FRONTINI, para quem fica a dúvida se o juiz, rejeitado o plano, tem ou não poderes para ir de encontro à deliberação. O autor questiona a tarefa do juízo de meramente referendar a deliberação da assembléia e considera duas alternativas que esta pode vir a adotar: “A primeira consiste na rejeição pura e simples do plano de recuperação; a segunda, consiste na rejeição do plano, cumulada essa deliberação com pedido de falência, expresso e fundamentado, formulado pela mesma assembléia geral”. A partir de tais situações, referido autor concebe que:

Afigura-se mais prudente não concluir pelo dever do juiz ter de decretar a falência, ante a simples rejeição do plano.

Assim, se a assembléia geral de credores, além de rejeitar o plano, pedir expressamente a falência, declinando os fundamentos desse pedido, estará o juízo posto diante de uma pretensão resistida, que deverá julgar, decidindo fundamentadamente. Decretará, ou não, a falência.

Se a assembléia geral apenas rejeitar o plano de recuperação do devedor, sem explicitar o pedido de falência, há que se pensar no argumento de que os credores não revelaram interesse processual pela proposta de recuperação judicial. Ora, o interesse é uma condição da ação. Ausente o interesse, o juiz terá amparo processual para extinguir o processo sem julgamento de mérito.

Recusamos, pois, a interpretação meramente literal de que, rejeitado o plano de recuperação pela assembléia geral de credores, deva o juiz, por dever de ofício, decretar a falência.<sup>156</sup>

## 6.2 – A preservação da empresa e a não vinculação do juiz ao

<sup>155</sup> ROBERTO CLARO, Carlos. **O juiz e o pedido de recuperação judicial**. Disponível em: <http://www.paranaonline.com.br/canal/direitojustica/news/325483/?noticia=O+JUIZ+E+O+PEDIDO+DE+RECUPERACAO+JUDICIAL>. Acessado em 22/07/09.

<sup>156</sup> SALVADOR FRONTINI, Paulo. **Do estado de falido: sua configuração – inovações da nova lei de recuperação e falência**. In Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro. Nº 138: Pags. 7-24. Abril-junho/2005.

### **deliberado pelos credores**

Consta da redação do art. 56, §4º da LRE o verbo “dever”, o qual demonstra que o legislador visou impor uma obrigação do juiz na decretação da falência do devedor que tenha seu plano de recuperação rejeitado pela Assembléia Geral de Credores.

Tal intenção poderia se justificar no objetivo de se evitar com que o devedor se utilize da recuperação judicial de forma desnecessária, com objetivos de fraudar o pagamento de seus débitos. Isto é, ao menos que realmente necessite o uso de tal instituto para salvar seus negócios, não o faria descabidamente, tendo em vista que o insucesso do plano de recuperação perante os credores acarretaria, necessariamente, sua falência.

Porém, pode o empresário meramente atravessar uma crise momentânea, a qual trouxe-lhe dificuldades para cumprir com as obrigações frente aos credores e empregados. Desse modo, concebendo-se que os credores tendem a atuar em assembléia geral com o fim precípua de recebimento imediato dos seus créditos, o empresário que pleiteasse recuperação judicial correria o risco de ter injustamente sua falência decretada pelo Judiciário em razão dos credores, sem maiores considerações com os interesses sociais que contornam a empresa, votarem egoisticamente pela rejeição do plano de recuperação.

Logo, em tal situação, ainda que a lei preveja que o juiz deva decretar a falência do devedor, tem-se que, ao assim proceder, o princípio da preservação da empresa e sua função social restariam plenamente afrontados. Isto porque, conforme se extrai do julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na AC 1996.001.4893, de relatoria do Exmo. Des. Sergio Cavalieri Filho:

Uma coisa é a sociedade não ter dado lucro e outra é não ter capacidade para produzi-lo. Pode a empresa apresentar prejuízo em determinados exercícios e nem por isso perder a sua capacidade lucrativa, como vem acontecendo atualmente com grandes organismos econômicos. Destarte, a dissolução de uma sociedade por ausência de lucros só se justifica quando evidenciada a sua total inviabilidade econômica, situação fática dependente de prova específica de que perdeu o mercado, a competitividade produtiva, ou que demonstre ter se tornado insuficiente o seu capital. À falta dessa prova, a empresa deve ser preservada para que possa continuar cumprindo a sua função social.

Desta feita, há como se sustentar que a rejeição do plano de recuperação



pelo órgão colegiado de credores não implica, imediatamente, na decretação da falência do devedor. Tal ponto de vista pode ser defendido, sobretudo, com base no princípio da preservação da empresa, que norteia as disposições contidas ao longo da Lei 11.101/05.

A preocupação com a manutenção da empresa não passou despercebida pelo legislador de 2005, o qual fez constar expressamente, no art. 47 da LRE, tal princípio como um dos objetivos do instituto da recuperação. Nesse passo, perfeitamente possível defender que o juiz, quando posto frente uma deliberação assemblear que rejeitou o plano de recuperação apresentado pelo devedor, não necessariamente deve proceder à decretação de falência do devedor sem antes considerar outros interesses envolvidos no processo de recuperação.

Na doutrina de VIVIANE PEREZ:

uma empresa em atividade serve a inúmeros outros interesses, que não apenas o de seus credores [...] A continuidade da empresa contribui para a persecução dos princípios fins contidos no art. 170 da CF e, por isso mesmo, encerra meio de realização de sua função social. Não é possível, portanto, que a decisão sobre a viabilidade da recuperação judicial da empresa seja relegada a um único grupo de interesse, os credores, sem sopesar os interesses da sociedade.<sup>157</sup>

Isto é, o princípio da função social da empresa, albergado no art. 170 da CF, espelha a sua preservação, a proteção dos trabalhadores, dos próprios credores, bem como outros interesses econômicos e sociais que circundam a atividade empresarial. Todavia, tal princípio “advoga uma primazia da empresa, como centro de interesses autônomo e distinto de cada um dos grupos de interesses nela catalisados”<sup>158</sup>, pelo que deve prevalecer sobre a literalidade do art. 56, §4º da LRE, abrindo ao juiz a possibilidade de, da análise do caso concreto, atenuar a obrigatoriedade imposta neste dispositivo legal.

Conforme defende MARCIA CARLA P. RIBEIRO, a recuperação judicial é um processo no qual o Estado participa diretamente, em associação ao interesse dos particulares. “A opção do legislador foi esta: uma verdadeira forma de intervenção nas relações jurídicas privadas, com a finalidade de permitir ao órgão público acompanhar o

---

<sup>157</sup> PEREZ, Viviane. **Função social da empresa**. In Revista de Direito do Estado. Nº 4: Págs: 141-171. Outubro-dezembro/2006.

<sup>158</sup> Idem, *ibidem*.

processo de recuperação do empresário”<sup>159</sup>.

Logo, sendo a recuperação judicial uma forma na qual o Estado intervém na esfera privada, ganha importância a figura particular do juiz pois, se a ele é dirigido o pedido de recuperação feito pelo devedor, a ele cabe, no exercício do seu poder jurisdicional, a tarefa de apreciar eventual rejeição do plano de recuperação por parte dos credores reunidos no conclave, sobretudo quando esta decorre de interesses egoísticos dos votantes, em afronta ao interesse público da recuperação judicial e aos fins sociais da atividade econômica desempenhada pelo empresário.

Tal é o magistério de MOACYR LOBATO DE CAMPOS FILHO, para quem:

revelado o manifesto interesse público no processo de insolvência da empresa, serão postos em destaque, entre outros, os preceitos constitucionais em matéria de princípios gerais da atividade e da organização econômica, da função social da propriedade e da empresa, fortalecendo, ainda, poderes e atribuições do juiz, com a diminuição de poderes e atribuições das assembleias de credores.<sup>160</sup>

Portanto, possível afirmar que, da deliberação negativa dos credores, pode resultar: a) a rejeição do plano de recuperação com base em fundamentos estritamente econômicos e financeiros ou, de outro curso, b) a rejeição do plano com base única em fundamentos pessoais, subjetivos dos credores.

No primeiro caso, constatada a real inviabilidade econômica da atividade desenvolvida pelo devedor, bem como uma incontornável desproporção entre os ativos e passivos da empresa, outro caminho não há a ser seguido pelo juiz que não a decretação da falência do interessado, posto que, inegável, os males sociais e econômicos de uma empresa mal sucedida se irradiam perante os sujeitos a ela ligados, direta e indiretamente, como trabalhadores, fornecedores e consumidores.

Já na segunda situação, podem os credores, escondidos sob as vestes de uma pseudo inviabilidade dos negócios do devedor, rejeitar um plano consistente e que contenha prognósticos da real recuperação da atividade econômica; da superação das dificuldades enfrentadas pelo empresário. Em tal hipótese, ainda que a lei preveja a

---

<sup>159</sup> BERTOLDI, Marcelo M e RIBEIRO, Márcia Carla P. **Curso avançado de direito comercial**. 4ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora RT, 2008. Pág. 478.

<sup>160</sup> CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. **Falência e recuperação**. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2007. Pag. 148.

decretação da falência do devedor, não há razão para privar o juiz de uma análise das autênticas intenções dos credores e, também, da própria consistência das medidas adotadas no rejeitado plano de recuperação.

Além de condutor do processo judicial, o juiz é figura presente no meio social no qual está inserida a empresa em crise e, de posse de tal vivência, deve analisar as estratégias traçadas pelo devedor em seu plano de recuperação e, por conseguinte, cotejar a rejeição destas com outros interesses que são prestigiados na LRE, como a preservação dos postos de emprego, o estímulo à atividade econômica, etc. Feito isso, não estará o juiz necessariamente vinculado ao impactante efeito da decretação da falência do devedor mas, do contrário, poderá afastá-la, mediante livre apreciação das provas carreadas aos autos processuais seguida de fundamentada ponderação dos interesses em jogo no processo de recuperação da empresa, a qual, quando viável, deve ser preservada.

A técnica da ponderação é defendida por VIVIANE PEREZ, para quem o princípio da função social da empresa, que compatibiliza interesses diversos e, por vezes, conflitantes, só alcançara sua eficácia plena ao não “se perder de vista a necessidade de ponderar os diversos elementos que o compõem em sua aplicação a cada caso concreto” <sup>161</sup>. Dessa forma, se na recuperação judicial estão em jogo os interesses de credores, trabalhadores, empresário e do próprio Estado, a restrição a cada um destes “só se justificará caso não imponha o aniquilamento do interesse contraposto – e apenas se não houver solução menos gravosa e o benefício logrado compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico” <sup>162</sup>. Em termos práticos: ainda que os credores votem pela rejeição do plano de recuperação, caberá a preservação da empresa, a qual importará não em aniquilamento dos interesses daqueles, visto que receberão seus créditos conforme o plano, mas em satisfação de outros interesses, como do empresário, do Estado e da sociedade humana. Ao inverso, pautando-se a rejeição na inviabilidade dos negócios do devedor, não compensará o sacrifício dos credores e da própria sociedade humana em busca da preservação da

---

<sup>161</sup> PEREZ, Viviane. **Função social da empresa**. In Revista de Direito do Estado. Nº 4: Págs: 141-171. Outubro-dezembro/2006.

<sup>162</sup> Idem, *ibidem*.

empresa, haja vista que a manutenção de um negócio mal sucedido irradia suas negatividades perante todos os entes a ele ligados.

No intuito de corroborar o posicionamento até aqui defendido, vale citar caso processado perante a 3ª Vara Cível de Americana/SP. Em razão de crise econômico-financeira atravessada, ingressou em Juízo a empresa NTL TÊXTIL LTDA. com pedido de recuperação judicial. Deferido o processamento desta, submeteu-se o plano de recuperação ao crivo da Assembléia Geral de Credores, na qual não obteve aprovação na forma legal estabelecida na LRE, eis que não preenchidos os requisitos do art. 45 da LRE e, igualmente, não atendido o quorum alternativo estabelecido no art. 58, §1º da mesma lei.

Em tal situação, conforme literalidade do art. 56, §4º da LRE, a falência da citada empresa deveria ter sido decretada pelo Judiciário, o que não ocorreu. Considerando o princípio da preservação da empresa, bem como as próprias linhas estratégicas traçadas no rejeitado plano, como a injeção de capital na empresa em crise por parte de outro grupo econômico, o juiz de primeiro grau, Exmo. Dr. Márcio Roberto Alexandre, deferiu a recuperação judicial à devedora, mediante despacho do qual cabe transcrever o que segue<sup>163</sup>:

“...

Ora, o princípio regente e norteador do novel diploma falimentar é o da preservação da empresa, que fatalmente restará não atendido com a decretação da bancarrota da recuperanda, que consoante informações prestadas pelo Administrador Judicial, possui plenas possibilidades de efetiva recuperação e de cumprimento do plano de recuperação judicial nos moldes aprovados pelos credores trabalhistas e quirografários.

Insta consignar, por oportuno, não há quaisquer elementos nos autos através dos quais se possa vislumbrar que a empresa recuperanda estivesse dolosamente causando prejuízos aos seus credores, quer assumindo obrigações que de antemão sabia que não teria como honrar, quer inadimplindo propositadamente as obrigações assumidas, eis que consoante o quanto acima exposto, um dos motivos desencadeantes de seu revés financeiro teria sido a

---

<sup>163</sup> Contrariado com citada decisão monocrática, o Banco do Brasil, único credor com garantia real e que votou pela rejeição do plano, interpôs Agravo de Instrumento ao TJ/SP, autuado sob o nº 649.192-4/2-00. Argumentou em suas razões recursais, principalmente, que a decisão de piso violava o art. 56, §4º da LRE, eis que este prevê a decretação da falência da empresa que não tenha seu plano de soerguimento aprovado pelos credores. Todavia, em recente julgamento ocorrido em 28/08/09, cujo voto (em anexo) foi relatado pelo Exmo Des. Romeu Ricupero, manteve-se, por unanimidade, a decisão exarada pelo Juízo monocrático, confirmando-se a recuperação judicial deferida à devedora e efetivando-se, com isso, o princípio da preservação da empresa e sua função social. Frise-se que o mesmo entendimento também já foi adotado pelo TJ/SP no julgamento do AI nº 638.631-4/1-00.

concorrência desleal, já reconhecida pelo CADÊ, praticada por sua concorrente no mercado.

Ainda, não se pode olvidar que a chegada de um parceiro do porte do grupo JOFEGE, decerto oportunizará a recuperanda que retome a pleno vapor as suas atividades fabris, contratando ou recontratando funcionários, bem como passando a recolher os tributos devidos em razão de suas atividades, situação que, ao contrário dos deletérios efeitos da decretação de sua quebra, tão somente trará benefícios à sociedade, bem assim ao conjunto de credores.

Por outro lado, a egoística postura adotada pelo Banco do Brasil S/A, único credor com garantia real e que desaprovou o plano de recuperação judicial, certamente interessado na decretação da bancarrota da recuperanda, não se coaduna com o discurso propalado pela instituição financeira, no sentido de ser um banco com nítido caráter social.

Consoante mui bem apontado pelo Administrador Judicial, a preservação da empresa se consubstancia em princípio sufragado pela Magna Carta e positivado pela Lei n.º 11.101/2005 e, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Melo, a ofensa a um princípio é muito mais grave do que o desrespeito à lei.

Sob esse prisma, a não concessão da recuperação judicial à empresa NTL se revela assaz temerária ao corpo social, notadamente em razão das peculiaridades acima retratadas, afrontando assim o princípio da preservação da empresa que encontra guarida e supedâneo na Carta Política de 1988.

Nessa toada, tendo em vista a necessidade de preponderância do princípio da preservação da empresa e do conjunto de credores, em detrimento do egoístico interesse do Banco do Brasil S/A, bem assim em razão da viabilidade do plano de recuperação judicial aprovado pelos credores trabalhistas e quirografários, das modernas instalações da recuperanda, aptas à retomada da atividade empresarial a todo vapor, não se olvidando que a vinda de um investidor do porte do grupo JOFEGE decerto incrementará a atividade fabril da recuperanda, gerando empregos e possibilitando a arrecadação de tributos, CONCEDO A RECUPERAÇÃO JUDICIAL à empresa NTL Têxtil Ltda., com efeitos retroativos à data da Assembléia Geral de Credores realizada em 17/04/2009, a qual deverá ser cumprida nos termos dos artigos 59 e 61 da Lei n.º 11.101/2005, bem assim em conformidade com o plano de recuperação judicial apresentado pela recuperanda, com as modificações levadas a efeito pela Assembléia Geral de Credores, contando com a fiscalização do Sr. Administrador Judicial... ”.

Assim, tem-se que, a partir da análise do caso concreto, a concessão da recuperação judicial ao empresário que não tenha obtido aprovação, por parte dos credores, de seu plano de soerguimento, não caracterizará decisão ilegal ou desprestigiadora do interesse dos credores.

Ao revés, ao assim decidir, estará o juiz, mediante interpretação sistemática da Lei 11.101/05, atuando em conformidade com o interesse público que rege a recuperação judicial. Estará prestigiando o princípio da preservação da empresa, informador da nova legislação falimentar e que é orientado, sobretudo, pela

principiologia da Ordem Econômica e Financeira Nacional, da qual se depreende que a atividade empresarial serve à realização de justiça social e promoção da existência digna de todos. Este é o fim maior a ser buscado e aplicado pelo juiz no processo de recuperação, isto é, a satisfação do bem comum, em contraponto à satisfação de interesses particulares, o que não mais coaduna com o moderno direito falimentar.

## **7. CONCLUSÃO**

Conforme observado no presente trabalho, a chegada da Lei 11.101/05 trouxe uma nova tratativa legal aplicável às empresas brasileiras em crise econômico-

financeira, consagrada da preservação da empresa e informada por interesses diversos que suplantam a satisfação da vontade particular dos credores, tal qual enraizado no Dec. Lei 7661/45.

A revogada legislação falimentar previa a concordata, a qual, embora fosse um instrumento voltado a evitar ou suspender a falência do devedor, não atingia a finalidade para a qual foi constituída. Aspectos legais do instituto, como sua vinculação apenas aos credores quirografários e a simples conferência de prazos e descontos para que o devedor quitasse suas dívidas faziam com que, invariavelmente, as empresas concordatárias fossem à ruína.

Isto é, a opção legislativa de 1945 propugnava pela liquidação das empresas em crise, fossem essas economicamente viáveis ou não, de forma a privilegiar a pagamento dos credores com o ativo restante da concordatária, em detrimento da tentativa de recuperação desta.

Todavia, se ao tempo da edição do antigo diploma falimentar brasileiro a economia brasileira era essencialmente movida pela agricultura, tem-se que tal panorama foi paulatinamente se modificando no transcorrer da segunda metade do século passado, no qual a empresa ganhou destacado papel. Ou seja, fatores econômicos e sociais internos, como a industrialização brasileira, o inchaço urbano provocado pelo constante rumo populacional do campo à cidade, tendo em vista a mecanização daquele, a crescente demanda social por serviços e bens de consumo das mais variadas espécies, exigindo das empresas a produção em larga escala, o fortalecimento do mercado de capitais, bem como fatores externos, como a globalização, catapultaram o exercício da atividade empresarial em solo brasileiro.

Logo, paulatinamente a empresa passou de um papel economicante secundário à importante fornecedora de bens, serviços e postos de trabalho à população, fonte de tributos ao Estado, reguladora da própria economia nacional, pelo que não poderia ficar à mercê de um instituto que não lhe desse efetiva guarida frente à situações de crise.

Nesse ambiente que, acertadamente, a Lei 11.101/05 trouxe à tona a recuperação empresarial, com objetivos expressos (art. 47) de superação da crise do devedor, de manutenção da fonte produtora, de satisfação dos interesses dos

trabalhadores e credores, de forma a promover a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Logo, de plano já é possível conferir que, contrariamente à satisfação irrestrita dos credores preconizada na LFC, visou a LRE, mediante o instituto da recuperação empresarial, abrigar interesses múltiplos que cercam a empresa, os quais justificam a busca pela preservação desta, desde que economicamente viável.

Todavia, em que pese tal ideário trazido pelo legislador de 2005, viu-se que, em termos legais, o sucesso da recuperação empresarial dependerá sobremaneira da vontade dos credores, os quais, mediante atuação em Assembléia Geral, irão deliberar sobre o plano de reestruturação da empresa em crise.

Desta feita, poder-se-ia sugerir que a LRE, conquanto tenha definido um mecanismo de recuperação baseado e orientado na preservação da empresa, não conferiu, procedimentalmente, possibilidades de efetivação deste princípio, haja vista que uma atuação conflituosa dos credores poderia acarretar na rejeição do plano de recuperação e, conseqüentemente, na falência do empresário.

Seria o que CALIXTO SALOMÃO FILHO chama de um desequilíbrio entre os aspectos material e procedimental do interesse social na nova lei falimentar<sup>164</sup>. Segundo o autor, do ponto de vista material, foi reconhecida a imanência entre a recuperação da empresa e a idéia institucionalista de preservação da empresa, a qual sintetiza os interesses dos vários grupos (credores, trabalhadores) ligados ao processo de recuperação. Porém, procedimentalmente, a LRE dividiu os credores chamados a deliberar sobre o plano de recuperação em classes, tratando de forma desproporcional a representação dos interesses envolvidos, tendo em vista que a maior possibilidade de consenso se dá entre os credores com garantia real e os quirografários, em contraponto ao interesse dos trabalhadores, revelando a preferência legislativa por créditos financeiros. Daí o autor dizer que o interesse da empresa em recuperação não deve ser confundido com qualquer dos interesses dos grupos nela envolvidos, de modo que o traço comum a ser perseguido por todos é a preservação da empresa e que, ademais, a possibilidade de recuperação do devedor será maior caso se interprete

---

<sup>164</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coord.). São Paulo: Editora RT, 2005. Págs.. 41-52.



sistematicamente a LRE, a partir dos princípios que a inspiram.

O pensamento do citado jurista ganha relevância ante o objeto do presente trabalho. Conforme abordado no Capítulo IV do presente estudo, os interesses envolvidos no processo de recuperação podem não apontar numa mesma direção, não serem convergentes. Basta pensarmos nos trabalhadores, para os quais a recuperação da empresa seria mais interessante e, de outro verso, nos credores com garantia e nos quirografários, os quais irão se preocupar mais com o recebimento dos seus créditos do que com a manutenção da atividade empresária. Ou na situação prática exposta no Capítulo V, no qual o interesse da classe dos credores com garantia real, constituída por apenas uma instituição bancária, apontava na rejeição do plano de recuperação, na contramão do interesse expressado pela ampla maioria das demais classes creditícias, que votaram pela aprovação do mesmo.

Assim, se institucionalmente a preservação da empresa foi destacada na LRE, tem-se que, procedimentalmente, a heterogeneidade de interesses envolvidos torna concretamente possível a violação daquele ideal, sobretudo em razão da literalidade do art. 56, § 4º da LRE, que vincula a atuação do juiz ao decreto da falência do devedor que tenha seu plano de soerguimento rejeitado pela Assembléia Geral de Credores.

Logo, ressalta-se no presente trabalho, a partir do tema enfrentado, duas importantes conclusões, uma ligada à atuação dos credores reunidos no conclave e outra ligada ao papel do juiz frente ao deliberado pelos credores.

Quanto aos credores, tem-se que cabe atuarem em Assembléia Geral estritamente engajados com o espírito de preservação da empresa, tal qual cristalizado no art. 47 da LRE. O interesse egoístico, inspirado pelo imediato recebimento de seus créditos, não deve ser levado em consideração. Dessa forma, caso os votantes decidam pela rejeição do plano de recuperação, deverão considerar primordialmente a inviabilidade econômica da empresa para tanto, ou seja, que a atividade praticada pelo devedor não têm sobrevida no mercado, não possui prognósticos de superação da crise enfrentada e que, portanto, os sacrifícios por parte dos credores e da própria sociedade humana não serão compensados pelos altos custos da recuperação da empresa. De outro lado, há de se ter em mente que a aprovação do plano de recuperação não

beneficiará somente os credores, mas os trabalhadores, consumidores, o Estado e o próprio mercado, que não terá a concorrência afetada pela saída da empresa. Estes são os fins visados pela LRE e, portanto, devem ser, também, considerados pelos credores em detrimento da busca única pela satisfação de seus créditos, pensamento que restou superado juntamente com a revogação da LFC.

Já quanto ao juiz, embora a interpretação gramatical do art. 56, §4º da LRE confira-lhe aparentemente o inafastável dever de decretar a falência do devedor que tenha seu plano de recuperação rejeitado pelos credores, viu-se no Capítulo V que tal ação não é a única atinente ao papel a ser desempenhado pelo julgador.

O instituto da recuperação, como previsto no Capítulo III do presente trabalho, coaduna com princípios constitucionais, sobretudo os elencados no art. 170 da CF. Mantida uma empresa economicamente viável, isto é, preservada a apropriação dos bens de produção por parte do empresário, benefícios se reverterão em prol da sociedade humana e, assim, a função social da empresa restará atendida. Isto é, ao centrar-se na preservação da empresa, tem-se que a manutenção desta atende aos fins colimados pelo constituinte para o exercício da atividade econômica pelos particulares, como a oferta empregos à coletividade e a promoção do desenvolvimento econômico nacional, sendo a recuperação empresarial um importante fator de contribuição para a realização de justiça social e de crescimento da economia.

Nesse passo ganha força o papel do juiz que, pilarizado, sobretudo, na norma inculpada no art. 170 da CF/88, deverá ponderar os interesses em jogo na recuperação empresarial e determinar pela prevalência do interesse público, em detrimento de interesses egoísticos. Em outras palavras, os interesses privados em torno da empresa em crise, balizados primordialmente na relação jurídico-patrimonial havida entre credores e o devedor, deixou de ser o enfoque na nova legislação falimentar brasileira, a qual visa o atendimento de um interesse público arraigado no benefício da coletividade, devendo este ser o norte primordial a ser adotado pelo juiz na averiguação da rejeição de um plano de recuperação que contenha medidas consistentes, evitando-se a falência de uma empresa economicamente viável.

Daí porquê dizer que o juiz detém o poder decisório, ao passo que os

credores permanecem com o poder deliberativo<sup>165</sup>. Não se trata de desprestigiar o interesse destes no processo de recuperação, mas meramente de se enfatizar o papel do juiz, que, casuisticamente, deve intervir no deliberado pelos credores a fim de dar concretude ao princípio da preservação da empresa, expressamente previsto no art. 47 da LRE, fim esse que se sobrepõe a qualquer interesse particular envolvido na recuperação da empresa.

Portanto, concebe-se que, para um bem sucedido processo de recuperação, que culmine na justa quebra da empresa ou na sua preservação, credores deverão rejeitar uma atuação egoística em Assembléia Geral e, quando necessário, deve o juiz, à luz da função social da empresa, ponderar os diversos interesses em jogo no processo de recuperação e decidir, quando viável, pela sua preservação, de modo a se evitar uma decisão iníqua, na qual o interesse público seja prejudicado pela prevalência de interesses privados.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.

---

<sup>165</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova lei de recuperação e falências comentada**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2005. Pág. 110.

BAROSSO FILHO, Milton. **A assembléia geral de credores e plano de recuperação de empresas: uma visão em teoria dos jogos.** In Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro. Nº 137: Págs. 233-238. Janeiro-março/2005.

BERTOLDI, Marcelo M e RIBEIRO, Márcia Carla P. **Curso avançado de direito comercial.** 4ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora RT, 2008.

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

BIOLCHI, Osvaldo. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência.** Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão (coord.). 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BULGARELLI, Waldirio. **O novo direito empresarial.** Rio de Janeiro: Renovar. 1999.

CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. **Falência e recuperação.** Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2007.

CLARO, Carlos Roberto. **O juiz e o pedido de recuperação judicial.** Disponível em: <http://www.paranaonline.com.br/canal/direitoejustica/news/325483/?noticia=O+JUIZ+E+O+PEDIDO+DE+RECUPERACAO+JUDICIAL>. Acessado em 22/07/09.

\_\_\_\_\_. **Revocatória falimentar.** 3ª ed. Curitiba: Juruá. 2005.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação judicial de empresas (Lei 11.101 de 09/02/2005).** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação judicial de empresas (Lei 11.101 de 09/02/2005).** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Comercial.** 5ª ed., vol III. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito comercial.** 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres.** São Paulo: Saraiva, 1995.

CRETELLA NETO, José. **A nova lei de falências e recuperação de empresas: lei 11.101, de 09/02/2005.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DUQUE BERTASI, Maria Odete. **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas.** Rubens Approbato Machado (coord.). 2ª ed. São Paulo: Quarter Latin, 2007.

FARRACHA DE CASTRO, Carlos Alberto. **A preservação da empresa no novo código civil**. Curitiba, 2006. Tese (doutoramento em Direito). Universidade Federal do Paraná.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Lei de falências e concordatas comentada**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_. **Nova Lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2005.

vGAEDE, Henrique. **A legislação sobre microempresas e empresas de pequeno porte**. In Revista Fae Business. Nº 8: Pags. 42-43. Mai/2004.

GONÇALVES, Alfredo de Assis. **Apontamentos de direito comercial**. Curitiba: Juruá, 1998.

HENRIQUE ABRÃO, Carlos. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão (coord.). 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

LOBO, Jorge. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão (coord.). 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MACHADO, Rubens Approbato. **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. Rubens Approbato Machado (coord.). 2ª ed. São Paulo: Quarter Latin, 2007.

MANDEL, Julio Kahan. **Nova lei de falências e recuperação de empresas anotada: Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARZAGÃO, Lidia Valério. **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. MACHADO, Rubens Approbato (coord.). 2ª ed. São Paulo: Quarter Latin, 2007. Pág. 80.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coord.). São Paulo: Editora RT, 2005.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Comentários à nova lei de falência**. São Paulo: Thomson-IOB, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito falimentar e recuperação judicial de empresas**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira. 2005.

PAES DE ALMEIDA, Amador. **Curso de falência e concordata**. 17ª ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

PENTEADO DE CAMARGO, Luciano. **Direito das coisas**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PEREZ, Viviane. **Função social da empresa**. *In* Revista de Direito do Estado. Nº 4: Págs: 141-171. Outubro-dezembro/2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo XXVIII. São Paulo: Editora RT, 1984.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coord.). São Paulo: Editora RT, 2005.

SALVADOR FRONTINI, Paulo. **Do estado de falido: sua configuração – inovações da nova lei de recuperação e falência**. *In* Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro. Nº 138: Pags. 7-24. Abril-junho/2005.

SZTAJN, Rachel. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão (coord.). 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coord.). São Paulo: Editora RT, 2005.

\_\_\_\_\_. **Notas sobre as assembleias de credores na lei de recuperação de empresas**. *In* Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nº 138: Págs. 53-70. Abril-junho/2005.

TEBET, Ramez. **Parecer nº 534, de 2004 da Comissão de Assuntos Econômicos, sobre o PLC nº 71, de 2003**. Diário do Senado Federal em 10/06/2004.

TEPEDINO, Gustavo. **A Constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código**. *In* Direito Civil: atualidades. Bruno Torquato de Oliverira Naves, Maria de Fátima Freire de Sá (coord). Belo Horizonte. Del Rey, 2003.

TZIRULNIK, Luiz. **Direito falimentar**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2005. Pág. 223.

VALLADÃO A. E N. FRANÇA. Erasmo. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio

Sérgio A. de Moraes Pitombo (coord.). São Paulo: Editora RT, 2005.

WALDRAFF, Cristiane Budel. **Contrato de trabalho e crise econômica da empresa: alteração contratual com base na nova lei de falências e na teoria da imprevisão.** Curitiba: Juruá, 2009.

ZANINI, Carlos Klein. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005.** Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coord.). São Paulo: Editora RT, 2005.

## 9. ANEXO

Inteiro teor do acórdão proferido no julgamento do Agravo de Instrumento nº  
649.192-4/2-00-TJ/SP, relatado pelo Exmo. Des. Romeu Ricupero