

-ELOETE CAMILLI OLIVEIRA

**SENTENÇA QUE DECRETA A FALÊNCIA NO PROCESSO
DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESA
UMA ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito das Relações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador:

Prof. Dr. Alfredo de Assis Gonçalves Neto

Co-orientador:

Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz

CURITIBA

2007

TERMO DE APROVAÇÃO

ELOETE CAMILLI OLIVEIRA

SENTENÇA QUE DECRETA A FALÊNCIA NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESA

Uma Análise Princiológica

Tese aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito das Relações Sociais, no Curso de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Alfredo de Assis Gonçalves Neto
Universidade Federal do Paraná

Co-orientador: Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, de de 2007.

*Meus agradecimentos aos professores
Doutor Alfredo de Assis Gonçalves Neto e
Doutor Alvacir Alfredo Nicz,
pela valiosa orientação.*

SUMÁRIO

RESUMO	vi
ABSTRACT	vii
INTRODUÇÃO	1
1 DIREITO COMERCIAL: DA DISCIPLINA DO COMERCIANTE À TEORIA DA EMPRESA E O TRATAMENTO DA INSOLVÊNCIA	6
1.1 ANTIGÜIDADE	7
1.1.1 Período anterior ao Direito Romano.....	7
1.1.2 Direito Romano.....	8
1.2 FASE SUBJETIVA.....	12
1.3 FASE OBJETIVA.....	13
1.4 FASE SUBJETIVA MODERNA.....	17
2 EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO NORMATIVO DA INSOLVÊNCIA DOS EMPRESÁRIOS NO BRASIL	24
2.1 DAS ORDENAÇÕES (1500-1824).....	25
2.2 DO CÓDIGO COMERCIAL BRASILEIRO DE 1850 AO DECRETO-LEGISLATIVO N.º 3.065 DE 6 DE MAIO DE 1882	27
2.3 DO DECRETO N.º 917 DE 1890 À LEI N.º 2.024 DE 1908	28
2.4 DECRETO LEI N.º 7.661 DE 1945	31
2.5 LEI N.º 11.101 DE 09 DE FEVEREIRO DE 2005.....	37
3 O TRATAMENTO DO EMPRESÁRIO NA LEI N.º 10.406 DE 10 DE JANEIRO DE 2002 – CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	40
3.1 EMPRESÁRIO UNIPESSOAL OU INDIVIDUAL	41
3.2 SOCIEDADES	41
3.2.1 Sociedades Não-Personificadas	42
3.2.2 Sociedades Personificadas	43
4 A INSOLVÊNCIA NO DIREITO COMPARADO	62
4.1 DIREITO ALEMÃO	62
4.2 DIREITO FRANCÊS	66
4.3 DIREITO ITALIANO.....	69

4.4	DIREITO ESPANHOL.....	73
4.5	DIREITO PORTUGUÊS	75
4.6	DIREITO NORTE-AMERICANO.....	80
5	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE PERMEIAM A LEI N.º 11.101/2005	84
5.1	CONSTITUCIONALISMO ECONÔMICO.....	84
5.2	FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA	90
5.2.1	Fundamentos da Ordem Econômica.....	93
5.2.2	Princípios da Ordem Econômica enumerados no artigo 170 da Constituição Federal de 1988.....	98
5.3	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO PROCESSO.....	108
6	DA FALÊNCIA, DA RECUPERAÇÃO DA EMPRESA JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL NA LEI N.º 11.101 DE 2005	121
6.1	INSTITUTOS PREVISTOS.....	134
6.1.1	Falência	134
6.1.2	Recuperação Judicial.....	143
6.2	PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS QUE NORTEARAM A ELABORAÇÃO DA LEI N.º 11.101/2005.....	151
7	RECUPERAÇÃO JUDICIAL	172
7.1	NATUREZA JURÍDICA.....	173
7.2	PROCEDIMENTO ADOTADO.....	191
7.2.1	Petição Inicial e Documentação que a Deverá Instruir	191
7.2.2	Despacho de Processamento	194
7.2.3	Plano de Recuperação da Empresa.....	196
7.2.4	Exame e Decisão sobre o Plano de Recuperação	197
8	PREVALÊNCIA DA VONTADE DOS CREDORES SOBRE AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO	212
	CONCLUSÕES	Erro! Indicador n
	REFERÊNCIAS.....	Erro! Indicador n

RESUMO

A Lei n.º 11.101/2005, contendo dispositivos de direito material e formal, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a recuperação de empresas. Esta lei era aguardada para solucionar o problema das empresas economicamente viáveis que estavam passando por dificuldades econômicas e financeiras. A sua receptividade não foi a esperada, demonstrado pelo baixo número de ações de recuperação judicial aforadas. Buscando entender as causas deste comportamento se encontram, aliadas ao alto custo do processo, a excessiva autonomia dada aos credores, que reunidos em assembléia-geral têm o poder de aprovar, propor alterações ou rejeitar o plano apresentado pelo devedor, cabendo ao juiz, nos termos do artigo 56, § 4.º, apenas o poder de homologar a vontade dos mesmos. Analisando a evolução do tratamento dispensado ao empresário, principalmente quando verificada a sua insolvência, dos dispositivos constitucionais que regem a ordem econômica e dos aplicáveis ao processo, do direito comparado, chegou-se à conclusão que mencionado dispositivo não está de conformidade com o ordenamento constitucional. A tese apresentada propõe o equilíbrio de tratamento entre as partes, tomando como ponto de partida os princípios e as regras constitucionais aplicáveis, permitindo ao magistrado, nos termos do artigo 130 do Código de Processo Civil, determinar, de ofício, a produção de prova pericial, sempre que necessária para formar o seu convencimento.

Palavras-chave: Recuperação Judicial de empresas, Assembléia-geral de credores, artigo 56 § 4.º da Lei n.º 11.101/2005, princípio da isonomia.

ABSTRACT

The Law n.º 11,101/2005, contend devices of material right and formal, it introduced in the Brazilian legal system the reorganization of companies. This law was waited to solve the problem of the economically viable companies who were passing for economic and financial difficulties. Its receptividade was not the waited one, demonstrated for the low number of measured actions of judicial recovery. Searching to understand the causes of this behavior we find ally to the high cost of the process, the extreme autonomy given to the creditors, whom congregated in assembly-generality the power has to approve, to consider alterations or to reject the plan presented for the debtor. Fitting to the judge, in the terms of the article 56 § 4th only the power to homologate the will of the same ones. Analyzing the evolution of the treatment excused to the entrepreneur, mainly when verified its insolvency, of the devices constitutional that conduct the economic order and of the applicable ones to the process, of the comparative jurisprudence, it was arrived the conclusion that mentioned device is not of conformity with the constitutional order. The presented thesis considers the balance of treatment between the parts, taking as starting point the applicable principles and rules constitutional, allowing the magistrate, in the terms of article 130 of the Code of Civil action to determine, by de judge, the production of expert evidence, that always necessary to form its persuasion.

Key words: Judicial reorganization of companies, Assembly-generality of creditors, article 56 § 4th of Law 11,101/2005, principle of the isonomy.

INTRODUÇÃO

A relevância da atuação das empresas privadas na economia nacional é reconhecida por todos. Prova disso encontra-se no fato de a Constituição Federal, no título denominado “Da Ordem Econômica e Financeira” consagrar como seus fundamentos a iniciativa privada e a valorização do trabalho humano, buscando o equilíbrio necessário à atividade empresarial. Ao tempo em que ressalta a importância do empreendedorismo, valoriza o trabalho. Este último, levando em conta o perfil da economia brasileira, não se restringe ao trabalho formal – de carteira assinada – mas considera também o trabalho informal e o desenvolvido pelo próprio empresário, o qual surge como gerador de riquezas e de novos postos de trabalho.

Ao incluir a função social da empresa entre os princípios que regem a atividade econômica, demonstrou reconhecer a importância dos interesses envolvidos em sua atividade. Para a empresa convergem, além dos interesses internos do empresário ou dos sócios da sociedade empresária, na obtenção de lucros, os interesses da coletividade como um todo, representada pelos empregados e seus dependentes, consumidores, fornecedores, mercado, Estado, entre outros.

Em época de retração do mercado e dificuldades econômicas, o reflexo nas empresas é imediato e como consequência atinge a todos os que dela dependem, direta ou indiretamente. Diante dessa realidade, foi constatado pelas autoridades competentes que o instituto previsto em nosso ordenamento jurídico para o amparo às empresas em dificuldades econômico-financeiras estava totalmente ultrapassado. A concordata, nas modalidades preventiva e suspensiva, prevista no Decreto-lei n.º 7.661/1945, refletia um período de exceção na política brasileira, e o perfil das sociedades empresárias da época e da composição de seu passivo era totalmente diverso da realidade atual e não atendia mais à finalidade para qual o decreto-lei foi elaborado.

Em 1993 foi enviado ao Congresso Nacional projeto de lei que visava corrigir as deficiências acima mencionadas. Após doze anos de tramitação, em 2005 foi aprovada a Lei n.º 11.101, que regula a falência e a recuperação, judicial e extrajudicial, das empresas. A solução tão aguardada pelas empresas economicamente viáveis,

mas que estavam com dificuldades econômicas e financeiras, não surtiu os efeitos esperados. Atualmente, dois anos e meio após a entrada em vigor da Lei n.º 11.101/2005, o número de ações de recuperação judicial de empresas é relativamente pequeno, comparado ao universo de empresas que passam por dificuldades.

Observando a resistência dos empresários em dificuldades econômicas e financeiras em buscar auxílio no instituto recém-criado para ampará-los, constatou-se que um dos empecilhos estava no elevado custo para o levantamento das causas da crise e na elaboração do plano de recuperação, e outro, na excessiva autonomia concedida aos credores, para decidir sobre os destinos da empresa devedora.

Mesmo que ultrapassados os impasses financeiros para custear a elaboração do diagnóstico da crise e propor as soluções adequadas para a sua solução, o procedimento legal não lhe garante uma análise abalizada das informações e dos documentos apresentados. A decisão sobre a concessão ou não da recuperação judicial está entregue aos credores, uma vez que a Lei nº 11.101/2005, não garante o necessário equilíbrio de tratamento entre as partes envolvidas. Esta posição foi embasada no direito norte-americano, e neste ponto não se pode esquecer a diferença cultural existente entre os povos, além do ressentimento pelo qual são tomados os credores diante da impossibilidade do devedor de dar cumprimento às obrigações contraídas, sendo movidos por interesses egoísticos¹. Embora embasada em decisão majoritária, existem credores ressentidos com o pedido

¹ MAMEDE. Gladston. *Direito empresarial brasileiro.v.4*. São Paulo: Editora Atlas. 2006. p.139. Sobre o posicionamento dos credores: [...] Nas assembleias, como nas sociedades e outras coletividades, vê-se repetir a tendência do ser humano – e, de resto, de outras espécies animais – de alternar relações altruístas (cooperativas) e relações agonísticas (de disputa, competição); são extremos entre os quais os indivíduos trafegam, que se alternam como resultado de estímulos variados, como as dificuldades conjunturais, diferenças de caráter e/ou forma de atuação e, por vezes, pequenas tolices, próprias da humanidade. Seria ideal que os credores reunidos em assembleia revelassem apenas uma predisposição para o comportamento altruísta, trabalho em conjunto e harmonicamente junto com o devedor, o administrador judicial e o juiz para o bom desenvolvimento do juízo universal e o bem de todos: credores (todos indistintamente), trabalhadores, sociedade em geral. Mas nem sempre – ou quase nunca, devo dizer em atenção à realidade – isso ocorre. O conflito, todavia, é um direito do credor, no juízo universal – de cada um e de todos -, certo que sua principal justificativa, a satisfação de seu crédito; mas há limites ao exercício do direito de crédito, assim como ao de disputa, por certo.

formulado pelo devedor, outros mal informados, desinteressados ou com interesses egoísticos, que não levem em consideração a função social da empresa, inviabilizando a sua preservação.

Nesse cenário, considerando as probabilidades acima aventadas, foi procedida a uma análise sistêmica da Lei n.º 11.101 considerando o ordenamento jurídico no qual ela está inserida. Constatado que as preocupações eram procedentes, foi desenvolvida a presente pesquisa visando buscar uma solução que restabelecesse o equilíbrio e a isonomia entre as partes envolvidas na ação de recuperação judicial de empresas, principalmente quando ficar evidente que a assembléia geral de credores não observou os fins previstos no artigo 47 da Lei.² Os credores reunidos em assembléia, tem por escopo, buscar a melhor solução para o seu crédito, relegando para um segundo plano a recuperação da empresa em crise.

Essa vulnerabilidade apontada tem origem no artigo 56 § 4.º da Lei n.º 11.101/2005³ quando estabelece que na hipótese de discordância pelos credores quanto ao plano de recuperação apresentado pelo devedor, atribui-se à assembléia-geral de credores o poder de decisão, restando ao Poder Judiciário a atribuição de homologar a decisão.

Considerando esse dispositivo legal como contrário a determinados princípios constitucionais aplicáveis tanto à atividade econômica como ao processo, buscou-se embasamento para justificar a atuação do Poder Judiciário como mero órgão ratificador da vontade de uma das partes, mas garantidor das prerrogativas que lhe foram atribuídas constitucionalmente.

²BRASIL. Lei n.º 11.101/2005 - "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."

³Idem. - "art. 56 - Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembléia-geral de credores para deliberar sobre o plano. § 4.º - Rejeitado o plano de recuperação pela assembléia-geral de credores, o juiz decretará a falência do devedor."

Este trabalho tem como base a pesquisa bibliográfica e legal; utilizando método dedutivo, parte da análise da ordem econômica prevista nas constituições brasileiras e as garantias do processo, transportando-as para o tratamento dado à recuperação judicial da empresa, disciplinada pela Lei n.º 11.101/2005.

Para dar conta da análise proposta, o estudo encontra-se sistematizado em sete capítulos. No Capítulo 1, intitulado “Direito Comercial: da disciplina do comerciante à teoria da empresa o tratamento da insolvência”, busca-se demonstrar a mudança do enfoque do direito comercial, inicialmente concebido como um direito classista, confundindo-se o tratamento dado ao agente e à sua atividade até chegar à teoria da empresa, permitindo a dissociação da sorte do empresário da sorte da empresa. Esta evolução refletiu no tratamento dispensado à insolvência, que na sua origem era concebido como um ato fraudatório, tratado mais na esfera penal do que obrigacional, até chegar à recuperação da empresa.

Na seqüência é feita uma abordagem da evolução do tratamento normativo da insolvência no Brasil, visando demonstrar as diversas fases e as conseqüências advindas, com a maior ou menor participação dos credores no processo de concordata.

O Capítulo 3 traz uma visão do empresário individual e da sociedade empresária no Código Civil Brasileiro de 2002, ressaltando sempre a participação dos sócios nas deliberações sociais e a responsabilidade dos mesmos em face das obrigações assumidas pelas sociedades.

Para ilustrar o tratamento normativo da insolvência na atualidade, reservou-se um capítulo para expor o procedimento que está sendo dado pelo direito comparado, especialmente na Itália, França, Alemanha, Portugal, Espanha e Estados Unidos da América, que influenciaram os legisladores pátrios.

A seguir, para permitir uma análise sistêmica do tema proposto, é dada especial atenção ao tratamento dispensado pela Constituição Federal de 1988 à ordem econômica e às garantias do processo, ressaltando os estudos dos seus princípios regentes. Essa análise dá ênfase aos princípios que deverão ser observados pela legislação infraconstitucional.

Feitas as considerações acima mencionadas, inicia-se o exame da Lei n.º 11.101/2005, expondo os princípios que nortearam a sua elaboração, tratando dos institutos por ela previstos – Falência e Recuperação de Empresas, Judicial e Extrajudicial –, das disposições comuns a ambos e seus procedimentos. Estabelecido o panorama geral, passa-se à análise pormenorizada da Recuperação Judicial da Empresa, na hipótese de rejeição pelos credores do plano de recuperação apresentado pelo devedor e a atuação do Poder Judiciário ante a decisão deles.

Neste cenário, é que se chega à conclusão de que a Lei n.º 11.101/2005 viola determinados princípios constitucionais da ordem econômica e outros aplicáveis ao processo. A tese proposta neste trabalho busca restabelecer a isonomia entre as partes envolvidas no processo de recuperação judicial da empresa, bem como possibilitar a preservação da atividade, quando esta se demonstrar técnica e economicamente viável.

1 DIREITO COMERCIAL: DA DISCIPLINA DO COMERCIANTE À TEORIA DA EMPRESA E O TRATAMENTO DA INSOLVÊNCIA

A parte inicial deste trabalho tem como objetivo estabelecer as relações existentes entre as fases do Direito Comercial e o desenvolvimento do instituto da falência, da concordata e, finalmente, da recuperação da empresa. Far-se-á a referida análise para que, ao final, seja possível determinar parâmetros históricos e atuais para o tratamento do empresário e da atividade empresária, principalmente quando da crise econômico-financeira, razão de ser dos institutos pesquisados. Procurar-se-á demonstrar que a atribuição dada aos credores para decidir sobre os rumos da atividade do empresário em dificuldades econômicas, pela lei nº 11.101/2005, já era adotada em legislação precedente, guardadas as proporções, em face de nos primórdios do direito comercial, a execução estar vinculada ao caráter punitivo.

O exame do processo evolutivo do Direito Comercial requer tomar o direito civil, uma vez que aquele, como ramo autônomo do direito, veio a existir mais tarde. Traz-se aqui o Direito Civil, por se tratar de algo inerente ao direito comum que, na Antigüidade, buscava regular a imagem burguesa do mundo. Nesse sentido, Francisco Amaral define o direito civil, como sendo

o conjunto de princípios e normas que disciplinam as relações jurídicas comuns de natureza privada. É o direito privado comum, geral ou ordinário. De modo analítico é o direito que regula a pessoa na sua existência e atividade, família e patrimônio.⁴

E, no exame da origem da falência, faz-se necessário destacar a figura do crédito, presente nas relações obrigacionais, como força impulsionadora das atividades civis e comerciais. Aqui, abordar-se-á a concepção de crédito que consiste na substituição de uma prestação presente por outra futura; substituição esta lastreada na confiança existente entre as partes e na capacidade de o devedor adimplir a

⁴AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 3.ed. São Paulo: Renovar, 2000. p.103.

obrigação assumida na data estipulada. Em análise do tratamento dispensado ao não-cumprimento da obrigação nas condições estipuladas, verificar-se-á a sua evolução desde a autotutela até chegar ao direito de o credor buscar a prestação jurisdicional do Estado, por meio do processo de execução.

Embora muitos autores tenham tratado da formação histórica do Direito Comercial, tomar-se-á, neste trabalho, a divisão proposta por Alfredo Assis Gonçalves Neto⁵, cuja classificação compreende: Antigüidade, Fase Subjetiva, Fase Objetiva e Fase Subjetiva Moderna.

1.1 ANTIGÜIDADE

1.1.1 Período anterior ao Direito Romano

Na Antigüidade, no período anterior ao Direito Romano, destaca-se o Código de Hamurabi, datado de 1694 a.C., que consistia na compilação de normas costumeiras, sobre agricultura, pecuária, comércio, principalmente o marítimo, entre outras. Alfredo de Assis Gonçalves Neto⁶ põe em relevo, entre os séculos XV e XIV a.C., no apogeu de Creta, a atividade dos fenícios e as origens de um direito consuetudinário marítimo, de caráter internacional, decorrente da codificação de Justiniano (*Lex Rhodia de Jactu*).

Nessa fase, não havia a tutela estatal dos direitos do indivíduo em face do descumprimento de obrigações por terceiros. Cabia àquele que teve seu direito ofendido agir em sua defesa, fazendo justiça com as próprias mãos. A prática da autotutela gerou a institucionalização de diversos abusos cometidos contra a pessoa do devedor e seus familiares.

⁵GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Apontamentos de direito comercial**. Curitiba: Juruá, 1998. p.40-60.

⁶GONÇALVES NETO, **Apontamentos...**, p.41.

Carvalho Neto⁷, ao se referir às Leis de Manu, ressalta que a religião protegia o credor. Por influência religiosa e ética, as leis reprimiam a insolvência severamente, com penas de caráter pessoal. Ao credor era dado o direito de apossar-se dos bens do devedor, incluindo a mulher, os filhos e os animais deste, além de submetê-lo ao trabalho escravo e, até, à morte.

O Código de Hamurabi, segundo o já citado autor, permitia a prática de maus tratos ao devedor, sua morte a pauladas, e, também, a escravização de sua mulher e filhos, para resgatar a dívida. No Irã, o *Avesta* vislumbrava possibilidade de o credor receber o devedor em penhor, visando garantir, com seu trabalho, o pagamento da dívida. Na Escandinávia, o devedor era comparado a um ladrão e, uma vez aprisionado, sem que seus parentes saldasse sua obrigação, passava a ser propriedade do credor.

Outros povos, ainda, considerando o respeito dos familiares pelos seus mortos, executavam a pena após o falecimento do devedor. A exemplo, cita-se o Egito, onde era dado ao credor o direito de penhor sobre o cadáver como forma de coagir os familiares a efetuar o pagamento da dívida.

1.1.2 Direito Romano

A fase marcada pelo Direito Romano, período compreendido entre 753 a.C. e a morte do Imperador Justiniano, em 565, culmina na compilação das leis e dos costumes no *Corpus Juris Civilis*. Podem-se identificar três fases⁸ em sua evolução:

A primeira delas, tida como antiga ou arcaica, compreende o período entre a criação de Roma e o começo das guerras púnicas (séc. III a.C.). Nela a sociedade romana era simples e rústica, com características rurais, extremamente formal e solene, contendo regras de direito civil, penal, processual e administrativo.

⁷CARVALHO NETO. **Tratado das defesas falimentares**. São Paulo: Ática, 1967. Tomo I. p.11

⁸AMARAL, op. cit., p.108-113.

Como ponto de partida é apontado o *jus civile*, que representava o direito dos cidadãos romanos, baseado nos costumes, tendo sua primeira formulação legal na Lei das XII Tábuas.

A referida lei previa a *vendicta privata* como direito do credor em face do devedor. A *legis actio per manus injectionem* concedia ao devedor o prazo de trinta dias, a contar da confissão ou da sentença executória, para saldar a dívida, sob pena de ser aprisionado e levado a três feiras, sucessivamente, para ter seu débito apregoado. Caso a dívida não fosse apregoada, o devedor sofria a *capitis diminutio*, sendo adjudicado pelo credor, que podia vendê-lo como escravo ou esquitejá-lo, sendo as partes de seu corpo entregues a seus credores. Alguns autores, entre eles Rubens Requião, Carvalho Neto e Ricardo Negrão, entendem que a possibilidade de esquitejamento tenha sido usada apenas em sentido figurado, representando a divisão dos bens do devedor entre seus credores, uma vez que não existe registro de execução de tal pena.

Para Rubens Requião⁹, a Lei das XII Tábuas, com a diferenciação da execução singular e a coletiva, foi o ponto de partida para o direito moderno.

Com o surgimento da *Lex Poetelia Papiria*¹⁰ foi abolida a *manus injectio*. Estabeleceram-se, então, novas regras sobre a execução das dívidas, tais como: a apreciação da causa por um magistrado, o impedimento da execução extrajudicial e a responsabilidade patrimonial. Esta lei merece especial destaque no estudo da evolução do instituto da falência, uma vez que impedia a execução pessoal do crédito. O patrimônio passa a ser a garantia do cumprimento das obrigações, proibindo-se, a partir daí, o trabalho escravo para o pagamento da dívida.

⁹REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 17.ed. atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 1998. v.1. p.7.

¹⁰Há divergências quanto a data de surgimento da *Lex Poetelia Papiria*, alguns autores datam-na de 428 a.C., enquanto outros a datam de 441 a.C.

Em 636 a.C. foi introduzida pelo pretor Ruffo a *bonorum vendictio* aplicada às obrigações particulares, que consistia na venda pública de bens. A aplicação da execução patrimonial tinha início com a *missio in bona* e se completava com a *bonorum vendicta*¹¹. Os credores imitidos na posse dos bens do devedor (*missio in bona*) não tinham o poder de disposição, salvo se o decreto do pretor viesse acompanhado da autorização para a venda (*bonorum vendictia*). Essa forma de liquidação impedia que fosse lançada a marca da infâmia ao devedor.¹²

Aos devedores cuja inadimplência fosse motivada por infortúnio, sem culpa, era prevista a *bonorum cessio*, regulada pela Lex Julia (737 a.C.), que consistia na cessão voluntária ou abandono dos bens pelo devedor, evitando a aplicação da pena de infâmia. A *bonorum cessio* é tido pelos autores como a origem da concordata preventiva.

Posteriormente, com o *pignus in causa judicati captum*, o magistrado limitou a retenção de bens do devedor ao valor da dívida. Seu procedimento consistia na inicial determinação pelo magistrado da apreensão dos bens do devedor, pelo prazo de dois meses, findo o qual, caso a dívida não restasse saldada, os bens poderiam ser vendidos e o produto obtido dividido entre seus credores.

A *missio in possessionem* e a *bonorum cessio* aplicadas à pluralidade de credores eram reguladas pelo *concursum creditorum*.

Na hipótese de fuga ou ocultação do devedor, seus bens eram seqüestrados e submetidos inicialmente a *missio in bona*, que dava aos credores o direito de administrar os bens do devedor. Persistindo a dívida, era proferido um segundo decreto instaurando uma nova fase, para verificação dos créditos, das garantias e, por meio de um *curator bonorum*, procedia-se à venda dos bens para pagamento dos credores, observadas as garantias e preferências.

¹¹REQUIÃO, **Curso de direito falimentar**, v.1., p.8

¹²REQUIÃO, **Curso de direito falimentar**, v.1., p.9.

Os institutos mencionados se aplicavam indistintamente ao devedor comerciante e não-comerciante, tendo em vista que o Direito Romano não estabelecia regras próprias para os que exerciam atividade comercial.

No período posterior, denominado clássico, a evolução do direito acompanhou as alterações econômicas e sociais, tornou-se mais flexível e efetivo, atingiu maior precisão e certeza, assumindo feição cosmopolita.

Em 367 a.C., instituiu-se o cargo de *praetor urbanus*, que conjugava a criação e aplicação do direito. O *jus honorarium* representava o produto da atividade dos magistrados (130 a.C. a 230 d.C.). Surge, então, o *jus gentium* como direito aplicável aos peregrinos, estrangeiros, sendo que em 242 a.C. instituiu-se o cargo de *praetor peregrinus*. Nascia, assim, o novo Direito Romano aplicável aos romanos e aos estrangeiros, isento de formalismo.

A partir do séc. III (230 d.C.) o Direito Romano se expande por todas as províncias do Império, passando a ter caráter universal, com aplicação por todos os povos do continente europeu, sendo, em 529, compilado pelo imperador Justiniano no *Corpus Iuris Civilis*.

O período medieval estende-se da conquista de Roma até a queda de Constantinopla, sede do Império Romano do Oriente (476 - 1453 d.C.). O Direito Romano permanecia, ainda, como direito comum; entretanto, surgiram direitos civis nacionais e a criação de pressupostos culturais e científicos do direito privado contemporâneo.

Em 476 d.C., com a deposição de Rômulo Augustulo, findava o Império Romano do Ocidente e o Direito Romano deixou de ser o ordenamento jurídico positivo, até ser redescoberto no séc. XII, quando passou a ser considerado direito comum (*ius commune*), sendo o direito de cada unidade territorial um direito particular (*ius proprium*). Da união de ambos surge o *ius compositum*, germe do direito civil moderno.

1.2 FASE SUBJETIVA

O Direito Romano não conheceu um direito próprio dos mercadores. Somente após a queda do Império Romano e com as sucessivas invasões bárbaras instalando o regime feudal – em que os pobres buscam a proteção dos mais ricos e poderosos, estabelecendo-se, então, as relações de vassalagem – surgem os direitos particulares.

Na Idade Média, a partir do século XIII, com base no Direito Romano e no direito canônico, tem-se o direito comum. E, fundado nos usos e costumes, nas decisões dos juízes consulares, surge o direito comercial. A precariedade do direito civil para regular as relações mercantis fez com que o direito civil permanecesse como o direito comum dos povos e como direito especial, o direito dos mercadores.

A insegurança decorrente das contínuas invasões refletiu-se no comércio, gerando a necessidade de os mercadores reunirem-se em associações, com a finalidade de proteger os seus membros. Dylson Dória¹³ menciona que essas corporações eram chefiadas por um ou mais cônsules que, ao assumir o encargo, juravam respeitar os costumes da corporação. Essas corporações criavam as suas próprias leis e possuíam a sua própria jurisdição. A justiça das corporações representou papel importante na elaboração do *jus mercatorum*.

Esse último, moldado e aplicado pelas corporações de mercadores, atribuiu ao direito comercial um caráter subjetivista de "*feição eminentemente classista*"¹⁴, além de ter cunho internacional, uma vez que referidas corporações eram movidas pelo sentimento de união dos mercadores.

¹³DORIA, Dylson. **Curso de direito comercial**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v.1. p.17.

¹⁴GONÇALVES NETO, **Apontamentos...**, p.49.

Essas corporações adquiriram forte influência política e econômica, a ponto de adquirirem autonomia para certos centros comerciais a exemplo de Veneza, Florença, Gênova, Amalfi e outras¹⁵.

Nas cidades italianas, a partir do *concursum creditorum*, previsto no direito romano, dá-se o aparecimento do direito falimentar. Em sua origem predominavam as regras de cunho penal, visando punir o devedor, considerado como falseador, enganador, devendo ser submetido à pena de infâmia, além de outras de caráter vexatório.

Carvalho de Mendonça assinala que a Itália foi o "*laboratório da falência moderna*", por introduzir: a designação do síndico, o seqüestro de bens, documentos e livros do falido, o balanço, a verificação do ativo e passivo, o vencimento antecipado das dívidas, entre outros.¹⁶

As Ordenações de 1673 trataram da falência, sem os rigores excessivos previstos pela Lei das XII Tábuas, mas ainda considerando-a com severidade e atribuindo ao falido a culpa pelo estado de seus negócios. Nessa época, não era feita distinção de tratamento da insolvência de devedores, em razão do exercício da atividade comercial. A diferenciação no tratamento teve início na França, com o Código Napoleônico (Code du Commerce – 1807), quando restringiu a aplicação do instituto da falência ao devedor comerciante.

1.3 FASE OBJETIVA

Na Idade Moderna (queda de Constantinopla em 1453, à descoberta dos novos mundos, ou a revolução protestante iniciada em 1517 na Alemanha e a Revolução Francesa de 1789 para uns e para outros a Revolução Industrial - século XIX), a burguesia mercantil oriunda do capitalismo estabeleceu a dinamicidade das

¹⁵REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 25.ed. atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1. p.9-10.

¹⁶CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 5.ed. Atualizado por Achilles Bevilaqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. v.1. p.44-48.

operações especulativas, para resguardar o êxito em suas relações, buscou a estabilidade e a paz, favorecendo a centralização do poder e o fortalecimento do poder real.

O individualismo se impôs como princípio básico da ordem jurídica moderna, comparando as pessoas a átomos que se relacionam. Como consequência, o sistema econômico caracteriza-se pela propriedade privada dos bens de produção e de consumo. Seus traços marcantes foram a liberdade de iniciativa privada, liberdade de concorrência, iniciativa privada com fins lucrativos, desenvolvimento do sistema bancário, expansão do crédito, declínio das corporações, surgimento da indústria e desenvolvimento das sociedades anônimas.

Tal processo com efeitos de ordem econômica, política e social, possibilitou o desenvolvimento do direito natural (séc. XVII e XVIII), da escola histórica, do positivismo jurídico e a institucionalização do Estado de Direito, Estado liberal ou burguês.

O efeito da revolução comercial e da reforma religiosa (protestante em 1517 e a contra-reforma católica em 1545-1563) contribuiu para o fortalecimento do poder real e o surgimento do absolutismo como forma de governo. Proporcionou grande riqueza aos reis que a utilizaram na formação dos exércitos e armadas. Por outro lado, a expansão dos negócios exigiu um governo forte e a participação da classe média como garantia para seu desenvolvimento e bem-estar.

Ligado à revolução comercial tem-se o progresso da filosofia e da ciência – século XVII e XVIII, revolução intelectual, expressões do racionalismo e individualismo. No racionalismo, a razão é o guia infalível da sabedoria. E no individualismo há o predomínio da personalidade, considerando que as instituições políticas e jurídicas devem colocar-se a serviço dos particulares, reduzindo a intervenção do Estado na economia, garantindo, dessa forma, a cada um, a liberdade de trabalho, de comércio e o benefício da propriedade de seus bens.

Conclui-se, então, que o surgimento do Estado Moderno trouxe a racionalização do pensamento e da cultura. Ele surge inicialmente como Estado Absoluto, século XVIII, caracterizado pela concentração do poder real, enfraquecimento

da nobreza, ascensão da burguesia, culto da razão de Estado e a vontade do rei como lei.

Com a Revolução Francesa, o Estado de Direito é tido como o estado da legalidade e da liberdade dos indivíduos, livres e iguais. E a sociedade moderna, marcada pela instituição do homem como sujeito singular, livre e igual, sem vínculos sociais e responsável por si mesmo. No campo jurídico, a racionalização com a adoção do pensamento sistemático e o princípio da subjetividade põem em relevo a liberdade individual, a propriedade, o contrato e a responsabilidade civil.

O Código Civil Francês transforma em princípios jurídicos os ideais políticos da liberdade, igualdade.¹⁷ Entretanto, deixou de considerar a fraternidade como um valor jurídico, gerando a insegurança.

A característica principal do jusracionalismo é a concepção sistemática do direito, considerado como um conjunto coerente de princípios e regras. Esta visão permite a compreensão do direito integrado no âmbito social, político, econômico e religioso aparentemente perfeito, diante da realidade anterior. O Estado emerge como única fonte do direito, acenando com a segurança jurídica e afastando o poder discricionário do juiz. Para Francisco Amaral¹⁸, a era de certezas começa a ser rompida com o aparecimento do Estado Social, em face das reivindicações dos excluídos, gerando a intervenção do Estado na sociedade civil.

O direito comercial deixa de ter feição classista e, em face da extinção das corporações, inicia-se a fase objetiva, em que predomina não mais a figura do comerciante, mas os atos relacionados ao comércio, independentemente da qualificação de quem os pratica. Para Alfredo de Assis Gonçalves Neto, a tradição histórica não foi rompida, e o "Código Comercial francês acabou revelando-se um

¹⁷ GONÇALVES NETO. **Apontamentos....** 53

¹⁸AMARAL, op. cit. p.147.

instrumento de consolidação das normas antigas, de caráter costumeiro, inspirado essencialmente, nas Ordenações de Luiz XIV".¹⁹

Quanto aos atos de comércio, estes vieram relacionados no Livro IV, tratando da jurisdição comercial e não guardaram qualquer caráter científico na sua enumeração. Em face da dinamicidade do comércio, esta se demonstrou meramente exemplificativa.

Com relação à insolvência, nos séculos XVIII e XIX, levando em conta a figura do devedor, passam a existir dois sistemas para a aplicação do instituto da falência, o franco-italiano e o anglo-saxônico. O primeiro com critério restritivo, aplicando o instituto da falência apenas aos devedores comerciantes, e o segundo com critério ampliativo, fazendo-a incidir sobre comerciantes e não-comerciantes.

Com o decurso do tempo, a falência deixa de ser considerada apenas como um ato ilícito, abusivo praticado com a intenção de lesar credores, para permitir o seu exame sob o aspecto econômico, decorrente de um estado patológico da economia creditícia. Desta mudança decorreu a alteração da legislação de diversos países, inclusive com o aperfeiçoamento da concordata suspensiva, buscando preservar a atividade exercida pelo comerciante, ao invés que liquidá-la. Nesse período surge na Bélgica a concordata preventiva.

Embora tenha ocorrido a mudança de paradigma, para considerar a falência dentro do campo econômico e não como um ilícito penal, foi delineado um direito penal falimentar.

Nessa fase do Direito Comercial, denominada objetiva ou da teoria dos Atos de Comércio, foi elaborado o Código Comercial Brasileiro de 1850, o qual sofreu influência direta do Código Comercial francês. Dividia-se em três partes, a primeira dedicada ao comércio em geral, a segunda ao comércio marítimo e a terceira às quebras.

Em seu artigo 4.º, o Código Comercial Brasileiro fazia alusão à figura do comerciante, do qual se extrai a definição:

¹⁹GONÇALVES NETO, **Apontamentos...**, p.53.

Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais de Comércio do Império e faça da mercancia sua profissão habitual.

Embora tenha tratado da figura do comerciante, tornou-se necessária a edição do Regulamento 737 de 1850, cujos artigos 19 e 20 esclareciam o que se considerava mercancia, enumerando²⁰ os atos assim considerados.

Na parte terceira, relativa às quebras, o Código Comercial Brasileiro filiou-se ao sistema franco-italiano, de aplicação restritiva aos comerciantes. Fazia a previsão dos institutos da falência, concordata suspensiva e moratória, os quais serão detalhados na seção relativa ao "Tratamento normativo da insolvência no Brasil".

1.4 FASE SUBJETIVA MODERNA

A idéia de sociedade para o desenvolvimento das atividades econômicas, esteve presente no direito comercial desde os primórdios da Idade Média, como um fenômeno econômico decorrente das necessidades de os comerciantes e industriais se reunirem para o melhor desenvolvimento de suas atividades.

Jorge Lobo²¹, sobre a evolução do conceito de empresa, menciona que, no século XVIII, este não chegou a ser esboçado, porque predominavam o pequeno comércio e as indústrias de manufaturados com poucos empregados, permanecendo a agricultura como fonte de riqueza das nações. A intervenção do Estado na economia veio como uma tentativa de afastar o conflito entre produtores e industriais, gerado pela exclusão da tutela estatal que culminou no lema cunhado por Gournay: *laissez-faire*. No século XIX, sob a égide do liberalismo econômico, o cenário não sofreu alterações

²⁰ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, 22ª ed. São Paulo. Saraiva, 1995, p.38 , considera que o sistema brasileiro é meramente exemplificativo, admitindo a extensão de aludido rol, por analogia, guardadas as características próprias.

²¹ LOBO, Jorge. A empresa: novo instituto jurídico. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n.125, p.29-39, 2002.

consideráveis. Existiam poucas fábricas, geralmente dedicadas às atividades têxteis e metalúrgicas.

Em breve análise do tratamento do conceito de empresa no direito comparado, verificou-se que, no direito italiano, o estudo do seu conceito jurídico pode ser desdobrado em duas fases: 1) Código Italiano de 1882 (art. 632) enumerou no artigo 3.º os atos reputados comerciais e a 2) C. Civil de 1942 acabou não definindo a empresa, mas ministra a noção de empresário (art. 2082). No emaranhado de teorias jurídicas sobre a empresa na primeira metade do século passado, Asquini encontra o que parecia ser a solução para conceituar a empresa, definindo-a como "um fenômeno econômico poliédrico". Sobre o conceito de empresa, citado doutrinador menciona:

O conceito de empresa é o conceito de um fenômeno jurídico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram. As definições jurídicas de empresa podem, portanto, ser diversas, segundo o diferente perfil, pelo qual o fenômeno econômico é encarado. Esta é a razão da falta de definição legislativa; é esta, ao menos em parte a falta de encontro das diversas opiniões até agora manifestadas na doutrina.²²

Analisando o Código Civil Italiano de 1942, conclui o referido autor que "É, portanto, empresa no sentido do Código Civil, toda organização de trabalho e capital tendo como fim a produção de bens ou serviços para troca".²³

E, quanto ao empresário, o Código Civil Italiano de 1942, em seu artigo 2.082, dispõe: "É empresário quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada, tendo por fim a produção ou a troca de bens e serviços".

Prosseguindo no exame da empresa como atividade econômica organizada, na obra citada, Alberto Asquini atribui ao empresário a organização do trabalho alheio e do capital próprio e alheio, assumindo o risco técnico e econômico correlato. Exclui do conceito de empresário quem:

²²ASQUINI, Alberto. Profili dell' impresa. *Revista de I Diritto Commerciale*, v.41, I., 1943. Tradução de Fábio Konder Comparato, **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v.104, p.109, 1996.

²³ASQUINI, op. cit., p.110.

exerce um trabalho exclusivamente pessoal, seja de caráter material ou intelectual. Não é empresário quem simplesmente exerce uma profissão intelectual, a menos que o exercício da profissão intelectual dê lugar a uma atividade especial de forma organizada sob a forma de empresa.²⁴

Ainda com base no direito italiano, Cesare Vivante, define a empresa como a organização técnico-econômica que se propõe a produzir, mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca. Menciona como objeto a venda com intenção de realizar lucros, correndo o risco por conta do empresário, ou seja, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos.

G. Ferri em seu *Manual de Direito Comercial*, ao referir-se à figura do empresário e da empresa, acrescenta que a colocação dos bens e serviços no mercado não é fruto do mero acaso, de uma atividade acidental e improvisada, ao contrário ela resulta de uma atividade profissional e especializada. Estes organismos econômicos se concretizam na organização dos fatores de produção e se propõem a atender às exigências do mercado, são economicamente denominadas empresa. Quando objetivamente considerados, aparecem como uma organização de elementos pessoais e reais, que operam em função da obtenção de resultados econômicos e atuam tendo em vista a geração de lucros, aos quais o autor denomina empresário.

Quanto à relevância da empresa, Ferri ressalta que ela não é apenas econômica, mas também jurídica. Do ponto de vista jurídico, a empresa assume relevância, em primeiro lugar, em razão da atividade desenvolvida pelo empresário, regulada pelas normas determinantes das obrigações e dos efeitos que regulam o exercício da atividade subordinando-a a determinadas condições ou pressupostos e atribuindo-lhe garantias. Em segundo lugar, ao concretizar a idéia de empresa à qual a lei pretende prestar tutela, inclusive em questões de concorrência desleal. Em terceiro lugar quando, por meio da organização, determina uma combinação de bens

²⁴ASQUINI, op. cit., p.111.

em função da unidade de destinação econômica, quando se aplicam os princípios a ela inerentes, e a transferência de sua titularidade. Por último, no âmbito da organização econômica, pela formação de um organismo social no qual colaboram empresários e trabalhadores.²⁵

No direito francês, o termo empresa foi utilizado pela primeira vez no Código Comercial de 1807, no Livro IV, título II, artigos 632 e 633, que, ao enumerar os atos de comércio, mencionou "todas as empresas de manufaturas, de comissão, de transporte por terra e água" e "todas as empresas de fornecimento, de agência, escritórios de negócios, estabelecimentos de vendas em leilão, de espetáculos públicos" (art. 632), bem como "todas as empresas de construção" (art. 633). Todavia, não as definiu.

Pardessus e outros estudiosos, partindo das expressões *entreprises de manufactures* e *entreprises de travaux*, concluíram que, ao lado das empresas voltadas à realização de construções e obras, havia as empresas dirigidas para a fabricação de produtos, que se apresentavam como o trabalho isolado de um indivíduo ou do grupo familiar para atender a uma prévia encomenda, ora sob a forma de uma reunião de pessoas num certo lugar com vistas à matéria-prima por meio de máquinas e processos técnicos para a venda a terceiros. Para esta corrente, a empresa era um ato às vezes obra de uma só pessoa, outras de várias, mas sempre um ato gerador de um produto novo.

Outros como Renaut e Caen sustentavam que sobressaía da enumeração do artigo 632 a idéia de contrato de locação de serviços, ou ainda de uma organização criada para atender a determinadas atividades.

Para Ripert, as empresas se apresentam como: de distribuição (compra para revenda), de produção (compra ou extração de matéria-prima para transformá-las e vendê-las), de serviços (execução de certos trabalhos, oferta temporárias aos clientes de certos serviços), auxiliares (comércio de dinheiro e de crédito). Para ele,

²⁵FERRI, G. **Manuale di Diritto Commerciale**. 12.ed. Torino: UTET Giuridica, 2006. p.27.

a noção jurídica de empresa é imprecisa, vaga, pois em direito positivo às vezes se apresenta como objeto de direito, outras como sujeito de direito.

O direito alemão também se ressentia de um conceito unitário de empresa, sendo ela uma fonte de produção a serviço da economia nacional. Para Karsten Schmidt, "não existe um conceito jurídico de empresa, existem sim, âmbitos jurídicos que nos levam a desenvolver tal conceito"²⁶. Informa que para a doutrina comercialista empresário é conforme a Raish "quem de forma independente e mediante uma unidade econômica organizada, estabelecida de forma duradoura, oferece prestações com valor econômico e outros participantes do mercado."²⁷ Este conceito não dá a noção de empresa, mas sim de empresário. Para Schmidt, segundo a definição do Raish, a empresa é a unidade econômica mediante a qual o empresário atua no mercado. Ressalta as seguintes características essenciais: a) um mínimo de meios materiais e pessoais; b) uma mínima medida de organização unitária; c) a apresentação como uma unidade no mercado. Expõe ainda que a ausência de um conceito bem delimitado de empresa também é sentido no âmbito fático. Esta falta de clareza, de definição precisa, causa problemas na aplicação das normas jurídicas.²⁸

O Código de Comércio da Espanha, de 1885, em seu artigo 1.º tratou do comerciante e no artigo 2.º dos atos de comércio, sem fazer alusão, em nenhum momento, à figura da empresa, a qual foi mencionada por leis posteriores, que, entretanto, não a definiram.

O Código Comercial Argentino refere-se ao comerciante e aos atos de comércio, referindo-se uma única vez, ao enumerar os atos de comércio, "às empresas de fábricas, comissões, mandatos comerciais, depósitos ou transportes de mercadorias ou pessoa por água ou por terra".

²⁶SCHMIDT, Karsten. **Derecho Comercial**. Trad. da 3.^a edição alemã por Frederico E. G. Werner. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997. p.65.

²⁷SCHMIDT, op. cit., p.65.

²⁸SCHMIDT, op.cit., p.66-69.

No Brasil, o Código Comercial de 1850 tratou da figura do comerciante em seu artigo 4.º, mas não enumerou aos atos de comércio. Esta tarefa ficou reservada para o Regulamento n.º 737/1850. O Código Civil Brasileiro de 2002 seguiu a linha adotada pelo Código italiano de 1942, e ao unificar o tratamento dispensado ao direito privado, no livro II dispôs sobre o Direito de Empresa. Definiu a figura do empresário em seu artigo 966, como sendo: "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços". E excluiu do seu âmbito "quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, artística ou literária, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa".

Na análise da evolução histórica do instituto da falência, verifica-se a passagem da prevalência do relacionamento credor-devedor no âmbito privado para atualmente chegar a uma concepção publicista²⁹, pela qual o bem jurídico protegido passa a ser o crédito público, esse tomado na acepção dada por Walter Álvares, como sendo "o meio aonde se praticam inter-relacionamentos de créditos privados"³⁰. Com a proteção ao crédito público, indiretamente protege-se também o privado. Em decorrência dessa mudança de paradigma verifica-se como principal objetivo a

²⁹ GONÇALVES NETO. Alfredo de Assis. Administração da falência, realização do ativo e pagamento dos credores. **A nova lei de falências e recuperação de empresas – lei nº 11.101/05**. Coordenação de SANTOS. Paulo Penalva. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2006. p.242. [...] A seu turno, esse processo contém um acentuado interesse público, porquanto é preciso nele resguardar, quanto possível, o crédito da comunidade de credores e minorar os efeitos causados pelo mau funcionamento do crédito junto aos fornecedores, aos empregados e ao próprio erário – o que torna obrigatório seu acompanhamento e eventual intervenção do Ministério Público para sua tutela.

³⁰ ALVARES.. Walter T. **Direito Falimentar** .v. 1. São Paulo: Sugestões Literárias S/A. 1970.p.13. " Sobre crédito público, o autor comenta: " É o meio onde se praticam inter-relacionamentos de créditos privados. É o espaço-tempo da realização da realização das operações de crédito privado. É o envoltório e a cobertura das operações particulares. É o oceano onde navegam e se inter cruzam as naves dos créditos privados. O instituto da falência visa substancialmente à proteção ao crédito público e por conseqüência, ao amparo ao crédito privado. Não é um instituto que vis equacionar basicamente o interesse das partes, isto é, credores e devedores, mas esses interesses são protegidos, ao ser resolvido o interesse do crédito público em não sofrer perturbação pela ocorrência de alguma operação anormal do crédito privado."

proteção à atividade econômica organizada, reconhecendo ser ela a principal responsável pelo desenvolvimento econômico e pela estabilidade financeira.

Na França, também foram introduzidas alterações no tratamento das empresas em situação de dificuldades econômicas e financeiras, que, ainda, são viáveis economicamente, com possibilidades de serem recuperadas.

No Brasil, Carvalho Neto, na década de 1960, mencionava que os interesses do devedor e do credor deveriam caminhar para o equilíbrio na falência, por entender que "a garantia dos credores não deve fazer-se em detrimento da segurança do devedor, para não reverter em prejuízo coletivo"³¹.

Rubens Requião, sobre essa mudança de paradigma do instituto da falência, menciona:

O conceito moderno de empresa, como atividade do empresário destinada à produção ou circulação de bens ou de serviços, fatalmente acarretaria a tomada de outras posições do direito falimentar. Vivemos, assim, em pleno terceiro estágio, no qual a falência passa a se preocupar com a permanência da empresa e não apenas com a sua liquidação judicial.³²

Com o advento do Código Civil Brasileiro de 2002, adotando a teoria da empresa, priorizando o tratamento da atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços e posteriormente com a aprovação da Lei de Falências e Recuperação de Empresas – Lei n.º 11.101/2005 –, foi introduzida nova feição ao tratamento das empresas em crise, com a adoção do instituto da recuperação de empresas, mesmo que igual sorte não seja reservada ao empresário ou sociedade empresária devedora.

³¹CARVALHO NETO. op. cit., p.17.

³²REQUIÃO. **Curso de direito falimentar**, v.1, p.12.

2 EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO NORMATIVO DA INSOLVÊNCIA DOS EMPRESÁRIOS NO BRASIL

Nesta seção será feita uma abordagem sobre a evolução normativa do tratamento dos devedores empresários, em dificuldade financeira e patrimonial, no Brasil, com o intuito de demonstrar a evolução da legislação brasileira, seguindo a tendência de países como a Alemanha, França, Itália, Portugal, Espanha, Estados Unidos, além de "desmistificar" a atual postura legislativa, em face da participação ativa dos credores nos processos de falência e recuperação de empresa.³³

Miranda Valverde³⁴ menciona a existência de quatro fases do direito falimentar no Brasil. A primeira inicia-se com a publicação do Código Comercial de 1850 e termina com o advento da República. A segunda fase inicia-se com o Decreto republicano 917 de 24 de outubro de 1890 e finda em 1908, com a Lei n.º 2.024, a qual dá início à terceira fase. A quarta fase teve início com o Decreto-lei n.º 7.661 de 1945.

A essa classificação, pode-se acrescentar uma quinta fase, iniciada com a Lei n.º 11.101 de 09 de fevereiro de 2005.

Antes de proceder-se à análise do tratamento da insolvência no Código Comercial de 1850, que corresponde à primeira fase, far-se-á menção ao tratamento desses institutos na época em que vigoravam no Brasil as Ordenações, para então dar seqüência à divisão proposta por Miranda Valverde.

³³A utilização dos termos dificuldade financeira e patrimonial observa o significado atribuído a elas por Fábio Ulhôa Coelho (**Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2005. v.3. p.232), em resumo, em que menciona: "A crise da empresa pode manifestar-se de formas variadas. Ela é econômica quando as vendas de produtos ou serviços não se realizam na quantidade necessária à manutenção do negócio. É financeira quando falta à sociedade empresária dinheiro em caixa para pagar suas obrigações. Finalmente, a crise é patrimonial se o ativo é inferior ao passivo, se as dívidas superam os bens da sociedade."

³⁴VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à lei de falências**. Rio de Janeiro: Forense, 1949. v.1. p.15.

2.1 DAS ORDENAÇÕES (1500-1824)

Na época do descobrimento do Brasil, vigoravam em Portugal as *Ordenações Afonsinas*, datadas de 1446, que, por extensão, passaram a vigorar no Brasil. Nelas predominava a influência dos princípios do Direito Romano, em especial a "*cessio bonorum*". Os poucos dispositivos sobre a falência enquadravam-se na parte destinada ao direito criminal, sob o Título LXVII, que dispunha sobre a prisão por dívidas civis. Nelas o devedor era submetido a tratamento excessivamente rigoroso, inclusive sendo prevista a sua prisão.

Em 1521, por ordem de Dom Manuel, essas ordenações foram revistas, passando a denominarem-se *Ordenações Manuelinas*. No concurso de credores era priorizado o primeiro exeqüente e os demais eram tratados com equidade. Seu processamento dispunha sobre a execução dos bens e na sua falta determinava a prisão do devedor. Por influência do direito italiano, facultava ao devedor a cessão de bens aos credores.

Na seqüência, em 1603, entraram em vigor as *Ordenações Filipinas* que, embora fossem espanholas, foram aplicadas em Portugal e por decorrência no Brasil, devido ao Reino de Castela. No Brasil, vigoraram até 1916, quando foi promulgado o Código Civil Brasileiro – Lei n.º 3.071 de 1.º de janeiro de 1916, em razão da aplicação subsidiária da Lei da Boa Razão – Alvará de 18 de agosto de 1769 – que determinava a aplicação do direito dos antigos povos civilizados. Essa determinação possibilitou a aplicação no Brasil do Código Civil Francês.

A falência caracterizada como instituto de natureza penal era classificada em dolosa, culposa e sem culpa, e fazia a previsão da cessão de bens pelo devedor. Os requisitos que autorizavam a cessão de bens evidenciavam a necessidade de inexistência de culpa do devedor pelo inadimplemento da obrigação e ausência de proibições, tais como: não ser falido, não ter alienado bens após a condenação ao pagamento, não ser devedor da Fazenda Real.

Para as falências dolosas, fraudulentas, o tratamento dispensado era severo, incluindo a pena de morte, o degredo para o Brasil ou para outro lugar designado. Tais penas eram graduadas dependendo dos atos praticados e do montante do passivo.

As Ordenações Filipinas sofreram várias alterações, dentre as quais se destaca o Alvará de 13 de novembro de 1756, promulgado pelo Marquês de Pombal, que estabeleceu novo procedimento perante o juízo comercial, cuja seqüência influenciou a legislação posterior. Ao devedor que fosse honesto, embora em estado de insolvência, permitia-se a confissão da quebra perante a Junta de Comércio, com a explicação das razões que o levaram àquele estado de infortúnio e a apresentação do livro Diário com a escrituração regular de suas atividades. Nesse processo era prevista a classificação dos credores, observando o rateio proporcional. A primeira classe a ser paga era o Fisco: na seqüência, 10% (dez por cento) do valor arrecadado com a venda dos bens era entregue ao mercador falido, visando ao seu sustento e de sua família, e, após, ocorriam os pagamentos dos demais credores. Para Rubens Requião, nesse Alvará encontrava-se o "germe de todo moderno procedimento falimentar".³⁵

Nesse mesmo Alvará havia a previsão da "*inducia moratória*", que se traduzia na moratória decretada pelos soberanos, e a "*inducia creditória*", equivalente a um compromisso ou concordata. Introduziu ainda a "*concordata por abandono*", que consistia na entrega pelo devedor de seus bens, no todo ou em parte, para livrar-se dos efeitos da falência. Entre tais efeitos, era prevista a inabilitação para o exercício de suas atividades comerciais até a morte.

No Alvará em comento, era prevista, após a liquidação dos bens, a declaração da *morte civil* do falido, evitando desta forma os constrangimentos decorrentes da falência e, com isso, declaravam-se também extintas as suas obrigações. Para que o falido pudesse retornar ao exercício de suas atividades negociais era prevista a *ressurreição civil*, que o reabilitava.

³⁵REQUIÃO, **Curso de direito falimentar**, v.1, p.17.

2.2 DO CÓDIGO COMERCIAL BRASILEIRO DE 1850 AO DECRETO-LEGISLATIVO N.º 3.065 DE 6 DE MAIO DE 1882

Rubens Requião cita que a deficiência da legislação, a facilidade das quebras e as altas imoralidades que a seguiram foram, para Carvalho de Mendonça, um dos fatores que contribuíram para a elaboração do Código Comercial Brasileiro de 1850 – Lei n.º 556 de 25 de junho de 1850.³⁶

O código promulgado dividia-se em três partes: a parte primeira dispunha sobre o comércio em geral, a segunda sobre o comércio marítimo e a terceira, sobre as quebras. A última parte, que correspondia aos artigos 797 a 913, regulava a falência, a concordata suspensiva e a moratória, tendo se filiado ao sistema franco-italiano, de aplicação restritiva aos comerciantes.

A falência caracterizava-se pela cessação dos pagamentos pelo devedor (art. 797) e possuía duas fases distintas, a primeira com a declaração da quebra e a segunda visando à liquidação. Nesta segunda fase, havia a previsão do "*contrato de união*", pelo qual os credores decidiam em conjunto sobre a forma de liquidação. Os credores eram classificados em quatro categorias, dispostos na ordem de prioridade: credores de domínio, privilegiados, hipotecários e quirografários.

A participação dos credores no processo de falência dava-se, ainda, pela convocação pelo juiz de duas assembleias. A primeira, após a elaboração do relatório contendo as causas determinantes da falência e a relação de credores, observadas a sua qualificação e a classificação dos créditos. Seu objetivo era a nomeação de uma comissão para análise do relatório apresentado. A segunda assembleia destinava-se ao exame do parecer da comissão verificadora, sendo que os credores admitidos podiam opinar sobre a concessão da concordata suspensiva, observado o quorum da maioria dos credores e de 2/3 (dois terços) do valor dos créditos a ela submetidos.

³⁶REQUIÃO, *Curso de direito falimentar*, v.1, p.23.

A moratória era concedida ao comerciante que comprovasse que o inadimplemento das obrigações eram originárias de acontecimentos extraordinários ou de força maior. O pedido deveria ser formulado ao Tribunal de Comércio e instruído com o balanço levantado para este fim, acompanhados dos documentos e da demonstração da possibilidade de existência de fundos para no prazo de três anos, para cumprir integralmente as obrigações.

Diante das falhas da parte terceira do Código Comercial³⁷, foram necessárias as alterações por diversas leis e decretos, conforme disposto a seguir:

- a) Decreto n.º 1.597 de 1.º de maio de 1855;
- b) Lei n. 1.083 de 22 de agosto de 1860, que tratava da falência dos bancos de circulação;
- c) Decreto n.º 2.691 de 14 de novembro de 1860, que dispunha sobre a falência dos bancos, de outras companhias e das sociedades anônimas;
- d) Decreto n.º 3.308 de 17 de setembro de 1864, que instituía a moratória de sessenta dias para os estabelecimentos bancários;
- e) Decreto n.º 3.309 de 20 de setembro de 1864, que estabelecia regulamentação especial para a insolvência dos bancos e casas bancárias;
- f) Decreto n.º 3.516 de 20 de setembro de 1865, que revogou os decretos n.º 3.308 e n.º 3.309/1864;
- g) Decreto-legislativo n.º 3.065 de 06 de maio de 1882, que reformou a parte terceira do Código Comercial, introduzindo a concordata preventiva.

2.3 DO DECRETO N.º 917 DE 1890 À LEI N.º 2.024 DE 1908

³⁷ REQUIÃO. Rubens. **Curso de direito falimentar**...p.22/3, sobre as falhas da parte terceira do Código Comercial Brasileiro expõe: ..."Cedo se havia verificado a impotência do sistema do Código para impedir as fraudes, ponto de partida para as severas críticas que constantemente se lhe faziam."

Após a proclamação da República no Brasil foi expedido o Decreto n.º 917 de 1890, da lavra de Carlos de Carvalho, auxiliado por Marcelo Soares. Esse decreto, responsável pelo desenvolvimento do direito falimentar no Brasil, instituiu a moratória, a cessão de bens, a concordata preventiva e o acordo extrajudicial. O estado de falência passou a ser caracterizado por atos e fatos previstos em lei, como exteriorizadores da insolvência, como a impontualidade imotivada. Trouxe como novidade a figura do administrador da massa falida – síndicos, como função pública – que deveria ser escolhido dentre os nomes constantes de uma lista expedida pelas Juntas Comerciais. Diante da previsão de diversas possibilidades para evitar a declaração da falência, foi utilizado abusivamente, sendo responsável por incontáveis fraudes.

Miranda Valverde assevera que

A convergência de numerosos fatores, emergentes da situação difícil por que atravessávamos; a mudança brusca do sistema falimentar; a facilidade com que tinham os devedores de afastar a decretação da falência, pelo emprego de meios preventivos; a autonomia excessiva dos credores, e, sobretudo, o falseamento do sistema de aplicação da lei, pelo cancelamento dos principais princípios que a inspiravam, concorreram para o descrédito do dec. n.º 917.³⁸

Ele recebeu severas críticas e para conter as fraudes, principalmente no que dizia respeito à moratória, foi aprovada a Lei n.º 859 de 1902, a qual não atingiu o objetivo esperado, necessitando ser regulamentada pelo Decreto n.º 4.855 de 1903, em face da ausência de dispositivos sobre o processo de falência.

Em 1908 foi sancionada a Lei n.º 2.024, cujo projeto foi elaborado por J. X. Carvalho de Mendonça, sendo revista em 1929 pelo Decreto 5.746.

A Lei n.º 2.024 de 17 de dezembro de 1908, no dizer de Miranda Valverde, representou uma síntese dos princípios que nortearam o Decreto n.º 917³⁹. Foi simplificado o mecanismo processual visando dar mais agilidade ao processo,

³⁸VALVERDE, op. cit., v.1, p.16.

³⁹VALVERDE, op. cit., v.1, p.17

entretanto excluía a aplicação das penas pelas fraudes cometidas em caso de conluio entre os maiores interessados.

Sobre esta lei, ainda Miranda Valverde traz o seguinte comentário:

A autonomia excessiva de que continuavam a gozar os credores, no estado jurídico da falência ou concordata, com muitos direitos e nenhuma obrigação, era para nós, a causa primordial dos males de que se queixava o comércio. Os seus membros confessavam-se incapazes para cercear a fraude que se infiltrava na classe, com a qual não raro pactuavam, – sejamos justos – por complacência, amizade ou inércia. Punham de lado o seu interesse e a lei, que os protegia, porque era preciso servir ao pedido de um amigo ou de alguém de peso.⁴⁰

2.4 DECRETO LEI N.º 7.661 DE 1945

O Decreto-lei n.º 7661 de 1945 foi elaborado sob a vigência de Constituição de 1937, que foi outorgada à sociedade brasileira no início do chamado Estado Novo, resultante de um golpe político.

Essa Constituição privilegiou o tratamento do bem público, da riqueza e prosperidade nacionais, em detrimento da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e da justiça social.

A Ordem Econômica, na Constituição de 1937, estava prevista nos artigos 135 e seguintes, e preconizava que a riqueza e a prosperidade nacional eram fundadas na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercidos nos limites do bem público.

A intervenção do Estado na economia era admitida de forma a suprir as deficiências da iniciativa privada e para coordenar os fatores de produção, de maneira a evitar e resolver seus conflitos e introduzir no jogo de competições individuais o pensamento dos interesses da nação representados pelo Estado⁴¹.

⁴⁰VALVERDE, op. cit., v.1, p.18

⁴¹BRASIL. **Constituição de 1937**. art. 135.

A política econômica era orientada no sentido de substituição das importações pela produção de produtos nacionais sem, entretanto, existir uma orientação de planejamento geral. O Estado intervinha de forma direta em setores específicos como o café e a cana-de-açúcar, de cuja venda com superávit dependia o bem-estar social⁴².

O trabalho possuía o enfoque de dever social, protegido pelo Estado, buscando garantir a todos a sobrevivência por meio dele⁴³. A greve e o *look out* foram considerados ilegais, anti-sociais e incompatíveis com os interesses da nação. A associação sindical era livre, entretanto, apenas o sindicato reconhecido pelo Estado possuía a representação da sua categoria.

Em relação à assistência ao trabalhador, manteve o seguro acidente do trabalho, proteção à velhice, assistência médica e a licença maternidade.

O artigo 122, n.º 14 da Constituição em comento⁴⁴, subordinou os limites do direito de propriedade ao legislador infraconstitucional, e, em 1942, alteração constitucional, de cunho intervencionista, por meio da Lei Constitucional n.º 5, desferiu novo "golpe" ao direito de propriedade:

art. 166 - § 2.º - Declarando o estado de emergência em todo o país, poderá o Presidente da República, no intuito de salvaguardar os interesses materiais e morais do Estado, ou de seus nacionais, decretar, com prévia aquiescência do Poder Legislativo, a suspensão das garantias atribuídas à propriedade e à liberdade das pessoas físicas e jurídicas.

⁴²SCOTT, Paulo Henrique. **Direito Constitucional Econômico. Estado e Normalização da Economia**. Porto Alegre: Fabris Editor.2000. p.73-74

⁴³BRASIL. **Constituição de 1937**. art. 136.

⁴⁴BRASIL. **Constituição de 1937**. art. 122 – "A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e a propriedade nos termos seguintes: 14. O direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os limites serão definidos nas leis que lhe regularem o exercício."

Em suma, foi nesse cenário político e econômico que se elaborou o Decreto-lei n.º 7.661/1945, de cunho liquidatório, voltado ao comerciante individual. Note-se que a visão predominante à época considerava o empresário não como o empreendedor, que, além do ideal da obtenção de lucros, acreditava também no desenvolvimento da atividade voltada para o bem social, mas como pessoa ávida por lucros, pela acumulação de riquezas às custas da exploração do trabalho alheio, sem considerar os reflexos sociais de sua atuação.

O Decreto-lei n.º 7.661/1945 de 21 de junho de 1945 – lei de falências – resultado do projeto elaborado pelos professores Noé Azevedo, Joaquim Canuto Mendes de Almeida, Silvio Marcondes Machado, Filadelfo Azevedo, Hahnemann Guimarães e Luís Lopes Coelho, o qual foi cópia do anteprojeto elaborado por Trajano de Miranda Valverde. Levando em consideração que a atuação dos credores no processo de falência e concessão da concordata não havia logrado o êxito esperado, esse decreto-lei reforçou os poderes do magistrado e minimizou a participação dos credores, deixando de figurar a concordata como um contrato estabelecido entre as partes, para caracterizar-se como uma demanda, com natureza processual.

Tendo em vista a necessidade de constante atualização legislativa para atender às demandas para as quais fora criado o referido decreto-lei, foi aprovada a Lei n.º 7.274 de 10 de dezembro de 1984.

Aludido decreto-lei, que vigorou por sessenta anos, trazia em sua estrutura os institutos da falência e da concordata, esta última sob as espécies preventiva e suspensiva.

Seguindo a linha adotada pela Lei n.º 2.024 de 1908, o Decreto-lei n.º 7661 de 1945 trouxe em seu bojo regras de direito material e de direito formal, sujeitando ao seu procedimento o comerciante individual e as sociedades comerciais. Ressalta-se que o decreto-lei deu ênfase à atividade empresária exercida principalmente pelo empresário individual, reservando artigos dirigidos às sociedades compostas por sócios de responsabilidade solidária e ilimitada (sociedades em nome coletivo, sociedades em comandita simples, sociedades de capital e industria e sociedades em comandita

por ações), sujeitando-as à sua aplicação. Este fato já se demonstrava ultrapassado à época da sua edição.

Observados o interesse público e o objeto de determinadas sociedades empresárias, foram as mesmas subordinadas a tratamento especial, não se aplicando a elas os dispositivos do referido decreto-lei. Dentre elas pode-se destacar as instituições financeiras, públicas e privadas, as companhias de seguro, sociedades arrendadoras, empresas operadoras de plano de previdência privada, consórcios, empresas de transporte aéreo, sociedades cooperativas.

As sociedades de economia mista, inicialmente, não estavam sujeitas ao processo de falência, diante da redação original do artigo 242 da Lei n.º 6.404 de 1976, posteriormente revogado pela Lei n.º 10.303 de 31 de outubro de 2001.

Por outro lado, utilizando a designação anterior ao Código Civil de 2002, algumas sociedades ditas civis, subordinavam-se ao Decreto-lei n.º 7.661 de 1945, tais como incorporadoras de imóveis, empresas de trabalho temporário.

Na falência, adotava-se como forma de exteriorizar a insolvência, atos e fatos enumerados em lei. O artigo 1.º referia-se à chamada impontualidade injustificada, ou seja, o não-pagamento de obrigação líquida, certa, exigível, constante de título que legitime ação executiva, sem relevante razão de direito. Já no artigo 2.º do citado decreto-lei estavam elencados atos que, se praticados pelo devedor, evidenciavam um estado de insolvência, tais como: executado, não paga, não deposita e não oferece bens à penhora (I); a liquidação precipitada ou utilização de meios ruinosos ou fraudulentos para efetuar pagamentos (II); convocação dos credores para propor a dilação de prazo para pagamento ou a remissão de créditos (III); realiza negócios simulados com o fito de retardar pagamentos e fraudar credores (IV); transferência do estabelecimento sem o consentimento dos credores (V); oferecimento de garantia real a credores preexistentes (V); ausentar-se sem deixar representante com poderes para administrar o negócio e habilitado com recursos para pagar os credores; abandona o estabelecimento; se oculta ou se tenta ocultar, deixando furtivamente o seu domicílio (VII).

Buscando a preservação da empresa, o decreto-lei fazia a previsão da concordata. Ela era concebida como sendo um favor legal concedido pelo Estado por intermédio do Poder Judiciário aos devedores comerciantes – um processo judicial, ao contrário da falência, não possuía intuito liquidatório e não privava o requerente da administração dos seus bens. A atividade empresária continuava sendo por ele exercida, com a supervisão do comissário, nomeado pelo juiz. Abrangia apenas os credores quirografários, cuja obrigação foi contraída antes do seu requerimento.

Os benefícios concedidos ao requerente consubstanciavam-se na remissão parcial, na dilação do prazo para pagamento ou na combinação de ambos, referindo-se sempre às obrigações quirografárias.

A concordata era prevista em duas espécies: preventiva, como forma de prevenir a declaração da falência, e suspensiva, a qual era requerida após a decretação da falência e no curso da execução coletiva, com o escopo de suspender os efeitos da mesma.

A ausência dos impedimentos previstos no artigo 140⁴⁵ do mencionado decreto-lei, acrescidos dos requisitos do artigo 158⁴⁶, habilitava o devedor comerciante a pleitear o benefício da concordata. Na busca da preservação da empresa verificou-se,

⁴⁵BRASIL. **Decreto-lei n.º 7.661/1945** – art. 140: "Não pode impetrar concordata: I - o devedor que deixou de arquivar, registrar ou inscrever no Registro do Comércio os documentos e livros indispensáveis ao exercício legal do comércio; II - o devedor que deixou de requerer a falência no prazo do artigo 8.º; III - o devedor condenado por crime falimentar, furto, roubo, apropriação indébita, estelionato e outras fraudes, concorrência desleal, fraude, peculato, contrabando, crime contra o privilégio de invenção ou marcas de indústria e comércio e crime contra a economia popular; IV - o devedor que há menos de 5 (cinco) anos houver impetrado igual favor ou não tiver cumprido concordata há mais tempo requerida."

⁴⁶BRASIL. **Decreto-lei n.º 7.661/1945** – art. 158: "Não ocorrendo os impedimentos enumerados no art. 140, cumpre ao devedor satisfazer as seguintes condições: I - exercer regularmente o comércio há mais de (2) dois anos; II - possuir ativo cujo valor corresponda a mais de 50% (cinquenta por cento) do seu passivo quirografário; na apuração desse ativo, o valor dos bens que constituam objeto de garantia será computado tão-somente pelo que exceder a importância dos créditos garantidos; III - não ser falido ou, se o foi, estarem declaradas extintas as suas responsabilidades; IV - não ter título protestado por falta de pagamento."

ao final de sua vigência, a flexibilização desses requisitos, principalmente no que tange à ausência de títulos protestados.

A concordata, preventiva ou suspensiva, deixou de desenvolver o papel de recuperação do comerciante ou da sociedade comercial, para o qual foi instituída, em face do desgaste sofrido pelo tempo. Os benefícios por ela concedidos voltavam-se apenas aos créditos quirografários, que na atualidade pouco representam no passivo da empresa. As dívidas atualmente, em sua maioria, referem-se a obrigações contraídas perante instituições financeiras, dívidas tributárias e trabalhistas. Acresce-se a isso o fato de ela focar somente a dívida, remendo-a parcialmente ou dilatando o prazo para pagamento, sem levar em conta a necessidade de reestruturação da empresa, de correção dos problemas que a levaram a este estado deficitário.

Ainda buscando a preservação da empresa, cabe ressaltar a previsão no decreto-lei da possibilidade de requerimento para continuação dos negócios do falido, no artigo 74⁴⁷; procedimentos este que na maioria das vezes servia para dar continuidade às atividades e viabilizar o pedido de concordata preventiva.

Considerando, ainda, a possibilidade de visualizar a preservação da atividade, pelo artigo 123⁴⁸ admitia-se que os credores que representem mais de dois terços dos créditos, reunidos em assembléia, optassem por outras formas de liquidação do ativo. Entre elas pode-se ressaltar a formação de sociedade de credores, cessão a uma cooperativa de empregados; enfim as opções aqui permitidas são vastas, desde que não prejudiquem os interesses dos demais credores.

Tal decreto, que serviu para diminuir os abusos cometidos pelas leis que o antecederam, chega aos anos 90 desatualizado e com um procedimento moroso e em descompasso com a economia e com a situação vivenciada pelo mercado.

⁴⁷BRASIL. **Decreto-lei n.º 7.661/1945** – art. 74: "O falido pode requerer a continuação do seu negócio; ouvidos o síndico e o representante do Ministério Público sobre a conveniência do pedido, o juiz se deferir, nomeará para geri-lo, pessoa idônea proposta pelo síndico."

⁴⁸BRASIL. **Decreto-lei n.º 7.661/1945** – art. 123: "Qualquer outra forma de liquidação do ativo pode ser autorizada por credores que representem mais de dois terços dos créditos."

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, fundamentando a Ordem Econômica na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social e enumerando os princípios diretores da economia nacional, verificou-se que o decreto-lei deixou de atender às propostas constitucionais. A previsão constitucional de um regime neoliberal, capaz de conciliar a livre iniciativa, com o respeito ao trabalho, não apenas do empresário, mas também dos empregados, dos autônomos e dos trabalhadores informais, entrava em choque com o tratamento dispensado aos empresários em dificuldades econômicas, o qual primava por um tratamento individualista, sem considerar os reflexos que o encerramento de uma atividade, ainda viável, causaria na economia. O objetivo maior do decreto-lei era a quitação das obrigações do empresário, concedendo o prazo máximo de dois anos, na hipótese de obtenção da concordata e diante da sua impossibilidade, a solução era a liquidação da atividade.

Essa inadequação deu ensejo ao projeto posteriormente convertido na Lei n.º 11.101/2005, que serve de base para a elaboração da presente tese.

2.5 LEI N.º 11.101 DE 09 DE FEVEREIRO DE 2005

Após mais de onze anos de tramitação no Congresso Nacional foi aprovada a Lei n.º 11.101 de 2005, oriunda do Projeto de Lei n.º 4.376 de 1993, encaminhado pelo Poder Executivo.

Com o objetivo de demonstrar a evolução da proposta inicial do projeto de lei, para o texto aprovado, serão transcritos os aspectos considerados mais significativos do projeto, mencionado em parecer emitido pela Comissão Especial destinada a emitir Parecer ao Projeto de Lei n.º 4376/93⁴⁹, cujo relator foi Deputado Oswaldo Biolchi:

⁴⁹Por ato da Presidência da Câmara dos Deputados, considerando a relevância da matéria e acolhendo requerimento formulado pela liderança do PTB, em 03 de agosto de 1995, foi instalada a Comissão Especial, com a seguinte composição: Deputados Titulares: Augusto Viveiros, Oswaldo

- a) ampliação do alcance da falência, a que se sujeitariam não apenas os comerciantes, mas também as pessoas jurídicas civis e o devedor individual que explore atividade econômica de modo tipificado na lei;
- b) aplicabilidade da lei à empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades da órbita governamental que explorem atividade econômica;
- c) destaque para a atuação do Ministério Público no processo de reabilitação civil do falido e na verificação da existência de crimes falimentares, além do condicionamento de sua audiência previamente a prolação de decisões que envolvam o interesse público;
- d) substituição da concordata suspensiva por ações destinadas a recuperação da empresa, fundadas em planos viáveis de saneamento e de solução do passivo;
- e) valorização da concordata pela instituição de procedimentos mais ágeis e de condições que facilitem ao devedor a regularização da sua situação;
- f) aplicação de normas semelhantes as do processo sumaríssimo para decisão de questões surgidas na falência, na recuperação ou na concordata;
- g) uniformidade na verificação dos créditos, ainda que preferenciais, excluindo-se os créditos trabalhistas e tributários anteriores à decretação da falência;
- h) adaptação à evolução do direito das obrigações quanto aos efeitos da falência sobre as relações jurídicas existentes na data de sua decretação;
- i) instituição da modalidade leilão para a venda dos bens da massa falida;
- j) pagamento dos credores segundo projetos elaborados pelo síndico a cada dois meses e aprovados pelo juiz;
- l) responsabilidade civil, mediante ação proposta pelo síndico e autorizada pelo juiz, contra seus administradores, conselheiros fiscais e liquidantes por prejuízos que tenham causado à empresa;
- m) estabelecimento de sanções penais aplicáveis ao devedor e a terceiros;
- n) atribuição aos Tribunais de Justiça para organizar listas de administradores judiciais, comissários e síndicos, a serem sorteados pelos juízes, por indicação de órgãos representativos das classes dos advogados, economistas, administradores de empresas e contabilistas;
- o) definição do meio de publicação dos atos processuais.

A Lei n.º 11.101 de 09 de fevereiro de 2005, embora tenha em muitos pontos se desviado da proposta inicial, procurou introduzir no Brasil dispositivos que seguissem a tendência geral de preservação da empresa. Regulou, para tanto, os institutos e o processo da Recuperação da Empresa, Judicial e Extrajudicial, e

da Falência, abolindo de nosso sistema as concordatas e os mecanismos que buscassem suspender os efeitos da falência já decretada.

Dentre as propostas iniciais constantes do projeto antes mencionado, verifica-se a exclusão da aplicação da Lei nº 11.101/2005 às empresas públicas e sociedades de economia mista, o veto a atuação ampla do Representante do Ministério Público, exclusão da concordata, não adoção da lista elaborada pelos Tribunais de Justiça, dos administradores judiciais, comissários e síndicos.

Esta seção limita-se a fazer essas breves considerações sobre a Lei n.º 11.101/2005, tendo em vista a necessidade de seu exame mais detalhado em seção própria, para o desenvolvimento da tese proposta.

3 O TRATAMENTO DO EMPRESÁRIO NA LEI N.º 10.406 DE 10 DE JANEIRO DE 2002 – CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Com a entrada em vigor do Código Civil, em janeiro de 2003, o Direito Comercial Brasileiro completou seu ciclo de ingresso na fase subjetiva moderna, caracterizada pela teoria da empresa. No presente capítulo, será feita uma abordagem acerca do empresário individual e dos diversos tipos de sociedade, sempre ressaltando a responsabilidade dos sócios, diante das obrigações contraídas no desenvolvimento da atividade, a participação deles na formação da vontade social e na administração das sociedades. Tais aspectos possuem grande relevância para a crítica que se fará posteriormente sobre a forma de julgamento da recuperação da empresa proposto em processo judicial.

O livro II de aludido Código foi destinado ao Direito de Empresa tomando por base o Código Civil Italiano de 1942 unificando a matéria relativa às obrigações revogando a parte primeira do Código Comercial Brasileiro de 1850 (Lei n.º 556 de 25 de junho de 1850).

Embora não conceituada no diploma legal, adotou-se a concepção de empresa equivalente ao que Asquini, ao formular o seu conceito de empresa como sendo um fenômeno jurídico poliédrico, denominou perfil funcional, ou seja, a atividade econômica organizada, para a produção ou circulação de bens e serviços.

Fernando Netto Boiteux, ao dispor sobre o tratamento da empresa no Código Civil de 2002, ressalta que a palavra empresa, na realidade econômica e jurídica, significa a organização do empresário para o exercício de sua atividade. A definição de empresário contida no art. 966, *caput* do Código Civil, não colocou o objetivo lucrativo como um fato de sua qualificação; também não definiu "empresa", mas deixou claro que ela é o resultado da atividade do empresário. O direito positivo brasileiro utiliza diversos conceitos de empresa, que não discrepam da definição utilizada pelo

Código Civil faz apenas a ressalva que a Lei das Sociedades Anônimas menciona a finalidade lucrativa.⁵⁰

3.1 EMPRESÁRIO INDIVIDUAL

O artigo 966 do Código Civil conceituou empresário como sendo "[...] quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços".

No entanto, excluiu do conceito de empresário aqueles que exercem "profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constitui elemento de empresa".⁵¹

Aos profissionais que exercem atividade rural foi dada a opção de requerer sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, para equipararem-se aos empresários⁵².

Estabelecendo a relação entre o empresário individual e a crise econômico-financeira por este enfrentada no desenvolvimento de suas atividades, este se encontra sujeito aos efeitos da Lei n.º 11.101/2005. Ressalte-se que, em sua condição de pessoa natural que exerce atividade econômica, com a decretação de sua falência todo seu patrimônio será atingido pelos efeitos desta.

3.2 SOCIEDADES

Em relação às sociedades, o Código Civil, tratou-as como decorrentes da celebração de um contrato, no qual as partes reciprocamente se obrigam a contribuir,

⁵⁰BOITEUX, op. cit., p.48-57.

⁵¹BRASIL. Lei n.º 10.406 de 2002. **Código Civil** – art. 966, parágrafo único.

⁵²Idem, art. 971.

com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha entre si dos resultados. Inicialmente, as sociedades foram dispostas em sociedades não personificadas e sociedades personificadas, sobre as quais passa-se a discorrer.

3.2.1 Sociedades Não-Personificadas

São não-personificadas as sociedades que não adquiriram personalidade jurídica em face da não previsão de registro no Registro Público de Empresas Mercantis ou em Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, possuindo a natureza de comunhão de interesses entre os sócios. As sociedades não-personificadas podem ser: sociedades em comum e sociedades em conta de participação. Saliente-se que na sociedade em conta de participação, o sócio ostensivo poderá ter seu registro de forma regular, entretanto a sociedade em si, esta não o possui. Na hipótese de decretação de falência ou pedido de recuperação da empresa, a legitimidade será do sócio ostensivo.

As sociedades em comum, reguladas nos artigos 986 a 990, representam as sociedades enquanto não-registradas, exceto as sociedades anônimas, em fase de constituição. Dentre as suas principais características podem-se ressaltar:

- a) os sócios nas relações entre si ou com terceiros somente poderão provar a sua existência por escrito, entretanto terceiros poderão provar a sua existência por qualquer meio em direito admitido;⁵³
- b) os bens sociais constituirão um patrimônio em comum, dos quais os sócios têm titularidade em conjunto;⁵⁴
- c) todos os sócios possuem responsabilidade solidária e ilimitada.⁵⁵

⁵³BRASIL. Lei n.º 10.406 de 2002. **Código Civil** – art. 987.

⁵⁴Idem, art. 988.

⁵⁵Idem, art. 990.

Na hipótese de decretação de falência da sociedade, por existirem sócios solidária e ilimitadamente responsáveis, estes também serão declarados falidos, atingindo, por consequência, os bens do patrimônio em comum e os bens do patrimônio particular dos sócios, ressalvadas as exceções previstas em lei.

As sociedades em conta de participação, igualmente não-personificadas, reguladas pelos artigos 991 a 996, caracterizam-se:

- a) por possuir duas espécies de sócios: ostensivo e participante (oculto);⁵⁶
- b) as atividades são exercidas em nome do sócio ostensivo, o qual se responsabiliza pelas obrigações perante terceiros;⁵⁷
- c) a sua constituição não depende de formalidade especial;⁵⁸
- d) aplicação subsidiária dos dispositivos relativos à sociedade simples;⁵⁹
- e) a contribuição do sócio participante formará juntamente com a do sócio ostensivo, um patrimônio especial, objeto da conta de participação, relativa aos negócios. Somente em relação aos sócios a especialização patrimonial produzirá efeitos⁶⁰.

A verificação de insolvência e consequente decretação de falência serão dirigidas apenas ao sócio ostensivo, sendo que os efeitos atingem todo o seu patrimônio, ressalvadas as exceções previstas em lei, quais sejam os bens impenhoráveis e inalienáveis por força de lei ou disposição de vontade.

3.2.2 Sociedades Personificadas

⁵⁶Idem art. 991.

⁵⁷Idem, art. 991.

⁵⁸Idem, art. 992.

⁵⁹BRASIL. Lei n.º 10.406 de 2002. **Código Civil** – art. 996.

⁶⁰Idem, art. 994 e parágrafos.

As sociedades personificadas são caracterizadas por observarem a formalidade de registro no órgão competente; registro este que lhes atribui personalidade jurídica e produz os seguintes efeitos:

- a) autonomia patrimonial;
- b) capacidade de ser sujeito de direitos e obrigações;
- c) capacidade processual;
- d) capacidade de expor sua vontade por meio de seus órgãos representativos.

No artigo 982 as sociedades personificadas encontram-se classificadas quanto à forma, tendo em vista seu objeto, em empresárias e simples.

As sociedades se classificam como empresárias quando exercem atividades próprias de empresários sujeitas a registro e, como simples, as demais, ou seja, as que tenham por objeto atividades que não se caracterizam como empresárias.⁶¹

Diferenciando as sociedades empresárias das simples, pode-se afirmar que as primeiras formalizam o registro de seus atos perante o Registro Público de Empresas Mercantis – Juntas Comerciais e as outras perante o Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas. Outra diferença, no âmbito do direito comercial, que se pode apontar é que as sociedades empresárias, em caso de insolvência, subordinam-se à aplicação da Lei n.º 11.101/2005, que trata da recuperação judicial, extrajudicial e da falência, enquanto às sociedades simples são aplicados os dispositivos do Código de Processo Civil, relativos à Ação de Insolvência Civil previstos nos artigos 761 e seguintes.

Numa segunda etapa, as sociedades classificam-se quanto ao tipo. Ressalta-se que o direito brasileiro adota o sistema de tipificação das sociedades, ou seja, sua enumeração é exaustiva:

- a) sociedade simples;
- b) sociedade em nome coletivo;

⁶¹Idem, art. 996 e parágrafo único.

- c) sociedade em comandita simples;
- d) sociedade limitada;
- e) sociedade anônima;
- f) sociedade em comandita por ações;
- g) sociedade cooperativa.

Cabe, então, elencar alguns aspectos característicos dos citados tipos societários.

A sociedade simples, regulada pelos artigos 997 a 1038, considerada como tipo de sociedade foi concebida para ser o tipo básico⁶² de sociedade e servir como parâmetro para complementação de eventuais dispositivos dos demais tipos de sociedades.

Entre suas principais características, podem-se destacar:

- a) constituída mediante contrato escrito, por instrumento público ou particular;
- b) quadro social que pode ser composto por pessoas físicas e jurídicas;
- c) os sócios podem ter sua contribuição na forma de dinheiro, bens suscetíveis de avaliação pecuniária ou serviços;⁶³
- d) salvo disposição em contrário, a participação dos sócios nos lucros e perdas se dará na proporção das respectivas quotas e, na hipótese de

⁶² GONÇALVES NETO. Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário**. 2ª ed. São Paulo: Juarez Oliveira. 2004. p.109. Sobre a sociedade simples o autor ensina : (...) É que a sociedade simples foi tomada (como o próprio nome está a indicar) como a sociedade-modelo, a sociedade-base ou a sociedade-tronco, da qual saem todas as outras com as ramificações que as particularizam .

⁶³Neste tópico cabe destacar que na sistemática do Código Comercial anterior, entre os tipos de sociedade encontrava-se a sociedade de capital e indústria. No Código Civil de 2002, este tipo deixou de existir, entretanto, permite-se a formação de sociedade do tipo simples, com a participação de sócio que contribua para a sociedade com o seu serviço.

existirem sócios cuja participação consista em prestação de serviços, somente participa dos lucros na proporção média das quotas;⁶⁴

- e) as deliberações sociais serão tomadas por maioria de votos, contados pelo valor das quotas, sendo necessária mais da metade do valor do capital social para a formação da maioria absoluta, exceto quando se tratar de modificações no contrato social, que tenham por objeto matéria indicada no art. 997, que depende do consentimento de todos os sócios, ou outra matéria especificada no contrato.
- f) a responsabilidade dos sócios é solidária e ilimitada;
- g) na ausência de disposição específica no contrato social, a administração da sociedade cabe a cada um dos sócios separadamente.⁶⁵

Pelo artigo 1.015 parágrafo único, contrariando a atual tendência do direito societário, verifica-se que os atos dos administradores só obrigam a pessoa jurídica, se praticados dentro dos limites dos poderes que lhes foram conferidos.⁶⁶ Sendo os administradores responsáveis quando da prática de atos com abuso ou excesso de poderes.

A sociedade em nome coletivo caracteriza-se como sendo uma sociedade contratual, devendo seu quadro social ser composto apenas por pessoas físicas,

⁶⁴BRASIL. Lei n.º 10.406/2002. **Código Civil** – art. 1007

⁶⁵Idem, art. 1.013.

⁶⁶GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. **Lições de direito societário...** p.22/3. Sobre a teoria dos atos "ultra vires" ensina: "É em torno dos atos praticados pelos administradores da pessoa jurídica fora de seu objeto, isto é, com abuso de poder, que gravita a teoria dos atos *ultra vires*. Estes atos não devem ser confundidos com os que se praticam com excesso de poder, contidos no âmbito das atividades da pessoa jurídica, mas excedentes dos limites estabelecidos para pautar a atuação de seus administradores. Aí há limitação aos poderes dos administradores, mas não a capacidade de agir da pessoa jurídica, não se podendo falar, por isso, em atos *ultra vires*. [...] É hoje majoritária a corrente que sustenta vincular a pessoa jurídica os atos praticados com excesso de poder, assegurando-se-lhe o direito de regresso contra o agente que a representou. No entanto, dando um passo atrás, o Código Civil de 2002, contém a previsão de que só obrigam a pessoa jurídica os atos de seus administradores, praticados nos limites dos poderes definidos no ato constitutivo (art. 47, cujo enunciado vem enfatizado no art. 1015, parágrafo único)".

cuja responsabilidade pelas obrigações contraídas pela sociedade é solidária, ilimitada, porém subsidiária. A administração da sociedade competirá exclusivamente aos sócios, em especial ao que for indicado no contrato. Na falta de indicação, competirá a todos. Em caso de omissão de dispositivos próprios, aplicam-se subsidiariamente as normas relativas às sociedades simples. Na hipótese de tratar-se de sociedade empresária que adotou o tipo de sociedade em nome coletivo, na verificação de insolvência, poderá ser decretada a falência, acarretando a falência dos sócios solidária e ilimitadamente responsáveis.

A sociedade em comandita simples é formada por contrato social e possui duas categorias de sócios: comanditado e comanditário. A primeira composta por pessoas físicas, com responsabilidade solidária, ilimitada, porém subsidiária, pelas obrigações sociais. A esta categoria de sócios cabe a administração da sociedade. A firma ou razão social será composta pelo nome do sócio comanditado. Já os sócios comanditários responderão nos limites de sua participação no capital social. No caso de omissão de dispositivos próprios, aplicam-se às sociedades em comandita simples os dispositivos que com ela forem compatíveis da sociedade em nome coletivo.

A sociedade empresária ao adotar este tipo, em caso de insolvência, subordina-se à aplicação da Lei n.º 11.101/2005.

As sociedades limitadas constituídas por contrato social firmado entre os sócios, por instrumento público ou particular, possuem o capital social dividido em quotas. Sobre a natureza contratual da sociedade limitada, Fábio Tokars expõe que, com a edição do Código Civil de 2002, foram procedidas alterações em que a “natureza contratual sofre um considerável abalo, justificando o temor de que as clássicas e estáveis soluções fundadas na natureza contratual destas sociedades não mais possam ser aplicadas da forma como vinham sendo há décadas.”⁶⁷ Quanto à responsabilidade dos sócios, apresentam duas limitações, a primeira ao valor das quotas subscritas pelo sócio e a outra, pela responsabilização solidária

⁶⁷TOKARS, Fábio. **Sociedades limitadas**. São Paulo : LTr, 2007. p.46.

pela integralização do capital social subscrito. Uma vez integralizado, não subsiste a responsabilidade dos sócios quanto à formação do capital social.

Nas omissões da lei no que se refere especificamente a esse tipo societário (artigos 1052 a 1087 do CC), aplicam-se os dispositivos relativos às sociedades simples, salvo determinação contratual que especifique a aplicação subsidiária da lei de sociedades anônimas.

Como órgãos da administração são previstos: os administradores, a assembléia ou reunião dos sócios e, facultativamente, o conselho fiscal.

A administração da sociedade caberá a uma ou mais pessoas, designadas em contrato ou em instrumento apartado, podendo a nomeação recair em sócio ou em pessoa estranha ao quadro social, caso haja permissão no contrato social. O administrador designado em ato separado deverá assinar termo de posse, no prazo de trinta dias, o qual será levado ao arquivamento no registro competente, nos dez dias subseqüentes.

As deliberações sobre as matérias previstas no artigo 1.071⁶⁸ serão tomadas pelos sócios em reunião ou assembléia. Esta última será obrigatória quando o número de sócios for superior a dez. O quorum de deliberação obedecerá às regras previstas em lei e no contrato.

O pedido de recuperação da empresa, a teor do artigo 1071, inciso VIII, dependerá de deliberação dos sócios, podendo esta ser suprida em caso de urgência pela autorização dos sócios titulares de mais da metade do capital social.

Sem prejuízo dos poderes da assembléia dos sócios, o contrato poderá prever a instalação do conselho fiscal composto de três ou mais membros e

⁶⁸BRASIL Lei n.º 10.406/2002. **Código Civil** – art. 1071 – "Dependem de deliberação dos sócios, além de outras matérias indicadas na lei ou no contrato: I - a aprovação de contas da administração; II - a designação de administradores, quando feita em ato separado; III - a destituição dos administradores; IV - o modo de sua remuneração, quando não estabelecido no contrato; V - a modificação do contrato social; VI - a modificação do contrato social; a incorporação, a fusão e a dissolução da sociedade, ou a cessação do estado de liquidação; VII - a nomeação e destituição dos liquidantes e o julgamento das suas contas; VIII - o pedido de concordata.

respectivos suplentes. Para a sua composição poderão ser escolhidos membros sócios ou não-sócios.

A dissolução da sociedade dar-se-á de pleno direito pela ocorrência das causas previstas no artigo 1.044 do Código Civil.⁶⁹

A sociedade anônima se encontra prevista no Código Civil nos artigos 1.088 e 1089, se rege por lei especial – Lei n.º 6.404 de 15 de dezembro de 1976 e suas alterações posteriores (Lei n.º 10.303/2001) – e, nos casos omissos, pelos dispositivos de aludido Código.

O artigo 982, parágrafo único do Código Civil, ao tratar das formas e tipos dos societários, faz a ressalva que as sociedades por ações⁷⁰ serão sempre empresárias; de onde se conclui que qualquer que seja o objeto da atividade explorada, se os participantes optarem pelo tipo sociedade anônima, ela será sempre empresária.

A sociedade anônima diferencia-se das sociedades antes examinadas em razão de sua natureza institucional. Modesto Carvalhosa, justifica a sua natureza institucional, em face do interesse público predominante, ressaltando ainda que “ a falência da sociedade não atinge os acionistas, bem como a falência de qualquer acionista não afeta a sociedade.”⁷¹ Considerando sua natureza jurídica, torna-se mais fácil a compreensão da sua função social, valorizando o interesse público.

⁶⁹BRASIL. Lei n.º 10.406/2002. **Código Civil**. "art. 1044. A sociedade se dissolve de pleno direito por qualquer das causas enumeradas no art. 1033 e, se empresária, também pela declaração de falência." [...] "art. 1033- Dissolve-se a sociedade quando ocorrer: I - o vencimento do prazo de duração, salvo se, vencido este e sem oposição de sócio, não entrar a sociedade em liquidação, caso em que se prorrogará por tempo indeterminado; II o consenso unânime dos sócios; III- a deliberação dos sócios, por maioria absoluta, na sociedade de prazo indeterminado; IV - a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias; V- a extinção na forma da lei, da autorização para funcionar."

⁷⁰As espécies de sociedades por ações, previstas no direito brasileiro são as sociedades anônimas e as sociedades em comandita por ações.

⁷¹ CARVALHOSA. MODESTO. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva.1997.p.6.

Dada a forma de sua atuação, a sociedade anônima excede em muito o simples interesse de seus acionistas. Nilson Lautenschleger Júnior em análise da obra de Walther Rathenau, sobre a "Teoria da empresa em si", justifica:

Tendo a grande empresa como base as determinantes da economia, conclui pela preponderância da maioria – algo muitas vezes não compreendido – e pela importância da empresa em si (Unternehmen na sich) como centro de convergência dos interesses dos acionistas, da sociedade e do Estado.⁷²

Sobre a "Teoria da empresa em si", Modesto Carvalhosa salienta:

Na Teoria de Rathenau, há uma contraposição entre fim e objeto social. Decurando-se dos próprios fundamentos da sociedade, a teoria rathenauniana proclama a prevalência do objeto sobre o fim social e, como consequência, o predomínio dos órgãos administrativos sobre as prerrogativas da assembléia geral, possibilitando o reforço do grupo controlador no contexto societário. Este passa a ser o depositário e o interprete do interesse social. Assim, o poder não está mais sujeito ao risco de capital investido. O lucro é desprezado como propulsor da atividade econômica. Opõe-se, em consequência, uma noção quase mística da empresa. Os administradores, dispensados do julgamento da minoria e somente responsáveis perante o grupo controlador são aceitos como investidos de um poder carismático. emancipada de seus acionistas, a sociedade por ações evolui rapidamente para uma tácita estatização. E, em consequência atenuam-se os limites entre a empresa privada e a empresa pública⁷³.

Modesto Carvalhosa sobre a função social da sociedade anônima afirma:

A função social da sociedade anônima – Não obstante ser uma pessoa jurídica de direito privado, ressalta na sociedade anônima a sua função social. Constituída em virtude de um contrato privado, a companhia, na medida em que atua no meio social como forma de organização jurídica da empresa, acaba por ser considerada uma instituição de interesse público, levando inclusive a ingerência do Estado nos atos de sua formação e atuação.⁷⁴

⁷²LAUTENSCHLEGER JR., Nilson. Relato breve sobre Walther Rathenau e sua obra: "A Teoria da Empresa em si", **Revista de Direito Mercantil**, v.128, p.201.

⁷³CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1997. v.2. p.391.

⁷⁴CARVALHOSA, **Comentários à lei...**, v.1, p.7.

Embora o autor faça a referência a função social das sociedades anônimas, ela também encontra-se presente nos demais tipos societários. E, a ingerência estatal é maior quando se trata de sociedade anônima aberta.

O autor acima citado, explicando a teoria da "sociedade em si", esclarece:

Mais atenuadamente do que a teoria da empresa em si (Unternehmen na sich), o institucionalismo apresenta a teoria da sociedade como pessoa em si (Person na sich) fundada na teoria de Gierke sobre a pessoa jurídica como entidade real, procura essa escola demonstrar que a sociedade tem um interesse próprio que não coincide com o interesse particular dos sócios e que lhe sobrepõe.⁷⁵

Fernando Boiteaux⁷⁶, em seu artigo "A função social da empresa e o Novo Código Civil", baseado em depoimento de Owen D. Young (*General Electric Company – 1929*), demonstrou que existem três grupos de interesses envolvidos na empresa: os acionistas, os trabalhadores e os consumidores. Que os consumidores têm o direito de exigir que a empresa seja "cidadã". Menciona, ainda, o posicionamento de Alfred Sloan (General Motors), ao descrever que a sociedade anônima deve possuir como maior preocupação a obtenção de lucros para os acionistas, sem entretanto descuidar da responsabilidade para com os empregados, fornecedores, clientes, revendedores e a comunidade.

Quanto ao elemento preponderante no relacionamento dos sócios, Alfredo de Assis Gonçalves Neto ressalta a natureza "*intuitu pecuniae*" da sociedade anônima:

Ao contrário do que ocorre com as demais sociedades, simples e empresárias, a companhia é uma sociedade de capital – o que significa que o que atrai as pessoas a nela ingressar é o interesse em aplicar recursos para o empreendimento comum. Os acionistas são investidores que apostam na perspectiva de bons resultados da companhia, ao passo que nas demais sociedades prevalecem o relacionamento pessoal dos sócios e a confiança nas suas qualidades e qualificações individuais. Não quer isso dizer que uma sociedade anônima não possa ser formada *intuitu personae*, mas que em sua estrutura visa

⁷⁵CARVALHOSA, **Comentários à lei...**, v.2, p.392.

⁷⁶BOITEUX, op. cit., p.48-57.

possibilitar a convivência de estranhos na busca de fins sociais, sem que o relacionamento dos sócios possa afetar seu desempenho nesse desiderato.⁷⁷

O capital social da sociedade anônima poderá ser integralizado em dinheiro ou em bens suscetíveis de avaliação em dinheiro, entretanto, sempre será dividido em ações.

As ações representam frações do capital social, conferem aos seus titulares os direitos inerentes à qualidade de sócio, observadas a espécie e classe às quais ela pertence. Sua negociação independe de alteração nos atos constitutivos da companhia, como decorrência de sua formação *intuitu pecuniae*.

As ações podem ser classificadas de acordo com os direitos atribuídos a seus titulares, nos termos do artigo 15 da Lei n.º 6.404/1976 (Lei das S/A). As ações ordinárias cuja existência é obrigatória em todas as companhias; conferem aos seus titulares direito de voto, pleno ou restrito⁷⁸, além dos direitos essenciais atribuídos aos acionistas, previstos no artigo 109 da citada lei. Nas companhias fechadas poderão ser diversas as classes, em função da sua conversibilidade em ações preferenciais; da exigência de nacionalidade brasileira do acionista ou do direito de voto em separado, para o preenchimento de determinados cargos de órgãos administrativos.

A companhia, ao criar ações preferenciais, além dos direitos essenciais, previstos no artigo 109 da Lei das S/A, tem a faculdade de conferir vantagens de cunho pecuniário, conforme dispõe o artigo 17, entre elas, a atribuição de dividendos no mínimo 10% (dez por cento) maiores do que os atribuídos às ordinárias, exceto na hipótese de ações com direito a dividendos fixos ou mínimos, cumulativos ou não.

⁷⁷GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário**: sociedade anônima. São Paulo: Juarez Oliveira, 2005. v.2. p.14

⁷⁸ GONÇALVES NETO. Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário** p.80. ...Sobre a restrição ao direito de voto:... No entanto, a lei permite em certas circunstâncias que, por disposição estatutária, restrinja-se ou se exclua o direito de voto. É o que se dá com as ações preferenciais que, na falta de qualquer previsão, permitem o voto sem restrições. Possível é, porém, retirar o direito de voto de ações preferenciais ou restringi-lo , até o limite de 50% do total das ações emitidas pela companhia (arts. 15§ 2º, e 111) – o que, de qualquer forma, não impede a participação do respectivo titular nas assembléias para tomar conhecimento e discutir matérias da ordem do dia.”.

As ações podem ter ainda prioridade na distribuição de dividendos, no reembolso do capital, com prêmio ou sem ele, ou na acumulação dessas vantagens. Modesto Carvalhosa ensina que as "ações preferenciais seguindo as tradições de nosso direito, somente podem outorgar privilégios de ordem patrimonial"⁷⁹.

Por último, as ações ordinárias ou preferenciais integralmente amortizadas serão substituídas por ações de gozo ou fruição, permanecendo o seu titular com a condição de acionista, com direitos iguais aos da classe à qual pertenciam as ações originárias.

No que tange à responsabilidade dos acionistas, ela encontra-se limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas, isto é, ao valor estabelecido pelos fundadores, no ato da constituição da sociedade, ou pela assembléia geral, na hipótese de aumento de capital.

A referência ao preço de emissão, deve-se ao fato de poderem ser emitidas ações com valor nominal, com valor nominal mais ágio e sem valor nominal.

O preço de emissão das ações poderá conter parcela que se destine à formação do capital social e parcela para a constituição de reserva de capital. Uma vez integralizadas as ações subscritas pelo acionista, não se cogita mais de responsabilidade decorrente desta sua qualidade.

A finalidade lucrativa encontra-se vinculada à essência da sociedade anônima, prevista no artigo 2.º da Lei n.º 6.404/ 1976, que determina poder ser "objeto da companhia, qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes". Tal finalidade encontra-se ainda reforçada pelo artigo 109 da citada lei, quando entre os direitos essenciais do acionista inclui o da participação nos lucros sociais, não podendo o seu titular dele ser privado nem pelos estatutos nem pela assembléia geral.

⁷⁹CARVALHOSA, **Comentários à lei...** v.1, p.151.

Quanto ao nome empresarial, o artigo 1.160 do Código Civil estabelece que a sociedade anônima opera sob denominação designativa do objeto social, integrada pelas expressões "sociedade anônima" ou "companhia", por extenso ou abreviadamente.

A denominação da sociedade anônima deve ser composta por uma expressão lingüística ou pelo patronímico do seu fundador, acionista ou pessoa que tenha concorrido para o êxito da sociedade, acrescidos do objeto social e das expressões sociedade anônima ou companhia.

Ainda, o artigo 3.º da Lei n.º 6.404/1976 determina que a expressão "companhia", por extenso ou abreviadamente somente poderá ser inserida no início do nome, enquanto "sociedade anônima" poderá figurar por extenso ou abreviadamente no início ou no final.

No que diz respeito ao poder decisório, administração e fiscalização dos atos praticados, a sociedade anônima possui quatro órgãos sociais: assembléia geral, conselho de administração, diretoria e conselho fiscal; sendo o conselho de administração órgão facultativo nas sociedades fechadas sem capital autorizado.

A complexidade de sua administração decorre da adoção pelo nosso direito positivo da teoria organicista, conforme expõe Rubens Requião:

Esses órgãos sociais, que integram a direção da sociedade anônima, são estruturados de forma democrática. Aliás, a coletividade de pessoas que a sociedade anônima envolve segue geralmente esse comportamento. Assim, os órgãos sociais estão constituídos em três categorias: o órgão de deliberação, que expressa a vontade da sociedade; o órgão de execução, que realiza a vontade social; e o órgão de controle, que fiscaliza a fiel execução da vontade social.⁸⁰

A assembléia geral, órgão máximo da companhia, no dizer de Amador Paes de Almeida:

[...] é a reunião de subscritores ou acionistas de uma sociedade por ações, convocada e instalada na forma prevista em lei ou no estatuto, com a

⁸⁰REQUIÃO, **Curso de direito comercial**, v.2, p.166.

finalidade de constituir a companhia, ou, se já constituída, tomar deliberação de seu interesse.⁸¹

Como órgão que expressa a vontade social, a assembléia geral não representa a maioria absoluta do capital social. Maioria, para efeito de poder decisório nesse órgão, representam detentores do maior número de ações com direito a voto. A Lei n.º 10.303/2001, na busca de ampliar a participação dos acionistas, elevou o número de ações com direito a voto para 50% (cinquenta por cento) do capital social, em detrimento da possibilidade de emissão de até 2/3 (dois terços) de ações preferenciais, sem direito a voto ou com restrições ao mesmo, prevista anteriormente na lei acionária brasileira. Embora 50% (cinquenta por cento) do capital da sociedade sejam constituídos por ações com direito a voto, o que se verifica é que na sua grande maioria, os acionistas não comparecem às assembléias, deixando as deliberações vitais para a sociedade, nas mãos de alguns poucos interessados e organizados, para influir no controle da companhia.

Rubens Requião⁸², partindo das lições de Berle Jr. e Means, ensina que o "conceito de 'controle' deve ser dissociado do de 'propriedade', demonstrando o controle como algo isolado da propriedade".

O artigo 121 da Lei n.º 6.404/1974 estabelece a competência da assembléia geral para decidir sobre todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as decisões que julgar conveniente à sua defesa e desenvolvimento. A sua competência privativa está delineada no artigo 122 da Lei das sociedades anônimas:

- I - reformar o estatuto social;
- II - eleger ou destituir, a qualquer tempo, os administradores e fiscais da companhia, ressalvado o disposto no inciso II do art. 142;
- III - tomar, anualmente, as contas dos administradores e deliberar sobre as demonstrações financeiras por eles apresentadas;

⁸¹ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais**: direito de empresa. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.269-270.

⁸²REQUIÃO, **Curso de direito comercial**, v.2, p.142.

IV - autorizar a emissão de debêntures, ressalvado o disposto no § 1.º do art. 59;

V - suspender o exercício dos direitos do acionista (art. 120);

VI - - deliberar sobre a avaliação de bens com que o acionista concorrer para a formação do capital social;

VII - autorizar a emissão de partes beneficiárias;

VIII - deliberar sobre a transformação, fusão, incorporação e cisão da companhia, sua dissolução e liquidação, eleger e destituir liquidantes e julgar-lhes as contas; e autorizar os administradores a confessar falência e pedir concordata.

São previstas quatro espécies de assembléia: a assembléia geral constituinte, assembléia geral ordinária, assembléia geral extraordinária e a assembléia especial.

A primeira delas, convocada após o encerramento da subscrição do capital social, com a finalidade de deliberar sobre a avaliação dos bens oferecidos para integralização do capital e sobre a constituição da companhia.

A assembléia geral ordinária, a ser realizada anualmente num dos quatro meses subseqüentes ao encerramento do exercício social, com as atribuições determinadas pelo artigo 132 da lei das sociedades anônimas, ou sejam,

tomar as contas dos administradores, examinar, discutir e votar as demonstrações financeiras; deliberar sobre a destinação do lucro líquido do exercício e a distribuição de dividendos; eleger os administradores e os membros do conselho fiscal, quando for o caso.

A assembléia extraordinária é destinada à apreciação e votação de matérias não previstas na competência da assembléia geral ordinária, tais como: reforma do estatuto; fusão da companhia ou sua incorporação em outra; participação em grupos de sociedades; cisão; dissolução da companhia, entre outras.

E, por fim, a assembléia especial, prevista no parágrafo único do artigo 18:

art. 18 - O estatuto pode assegurar a uma ou mais classes de ações preferenciais o direito de eleger, em votação em separado, um ou mais membros dos órgãos da administração.

Parágrafo único - O estatuto pode subordinar as alterações estatutárias que especificar a aprovação, em assembléia especial, dos titulares de uma ou mais classes de ações preferenciais.

O conselho de administração, órgão facultativo nas sociedades fechadas e obrigatório nas abertas⁸³, "será composto por, no mínimo 3 (três) membros eleitos pela assembléia geral e por ela destituíveis a qualquer tempo".⁸⁴

A diretoria, composta por dois ou mais diretores, eleitos e destituíveis a qualquer tempo pelo conselho de administração, ou na sua falta, pela assembléia geral, possui, em regra, a representação da companhia e poderes para praticar os atos necessários ao seu funcionamento regular.⁸⁵ Caracterizado como o órgão executivo da companhia, os membros da diretoria poderão ser ou não ser acionistas e devem residir no País.

O conselho fiscal, cujo funcionamento permanente ou não observará o disposto pelo estatuto social, é composto por um número mínimo de 3 (três) e máximo de 5 (cinco) membros e suplentes, acionistas ou não, eleitos pela assembléia geral.

Os membros do conselho fiscal deverão exercer suas funções no exclusivo interesse da companhia, respondendo por danos decorrentes de omissão no cumprimento de seus deveres. A responsabilidade limita-se ao conselheiro que praticou o ato ilícito, salvo conivência dos demais.

Modesto Carvalhosa comenta a subversão do conceito de interesse coletivo dos sócios dentro de uma sociedade anônima, em face da ausência de igualdade de todos os acionistas no tocante ao interesse de participação na administração; para tanto, expõe:

⁸³BRASIL. Lei n.º 6.404/1976. "art. 4.º - Para os efeitos desta Lei, a companhia é aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários. § 1.º Somente os valores mobiliários de emissão de companhia registrada na Comissão de Valores Mobiliários podem ser negociados no mercado de valores mobiliários."

⁸⁴Idem, art. 140.

⁸⁵BRASIL, Lei n.º 6.404/1976, art. 144.

Há os controladores, que tem direitos políticos que lhes dão o domínio dos órgãos de deliberação e de execução da companhia, como seja, a assembléia geral, o Conselho de Administração e a diretoria. Esse domínio lhes é, com exclusividade, propiciado pelo próprio monopólio legal do voto (art. 112) e há os demais acionistas que não tem direitos políticos e que são estruturalmente considerados credores da companhia, por isso, inclusive, que lhes garante a lei um dividendo obrigatório (art. 202).

Subverte-se, assim, o conceito clássico de interesse coletivo. Isto porque o poder não mais se funda no princípio majoritário do capital social.

O controle não se origina da coletividade de acionistas, mas da categoria que tem a prerrogativa do voto (art. 110). A estrutura societária fundada no princípio do controle desfaz praticamente o conceito de interesse coletivo dos acionistas. Com efeito, este é substituído pelo conceito de interesse de categoria de acionistas.⁸⁶

Ainda, o autor citado⁸⁷, sobre o controle societário, explica que o mesmo pode ser entendido como o poder de dirigir as atividades sociais. Controle é o poder efetivo de direção dos negócios sociais.

O artigo 116, parágrafo único da Lei n.º 6.404/1976, estabelece que:

O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir a sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Em complementação, o artigo 154 da citada lei determina que o administrador da companhia deve exercer as suas funções levando em consideração "os fins e interesses da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa".

Para o presente trabalho, convém ressaltar a competência da assembléia geral extraordinária, para deliberar sobre a confissão de falência da sociedade ou o pedido de recuperação da empresa.⁸⁸

⁸⁶CARVALHOSA, **Comentários à lei...**, v.2, p.441.

⁸⁷CARVALHOSA, **Comentários à lei...**, v.2, p.429.

⁸⁸BRASIL. Lei n.º 6.404/76, art. 122, VIII.

Por via de consequência, os acionistas investidores, detentores de ações preferenciais sem direito a voto, por não terem participação na vontade social da empresa, ficam excluídos das decisões a serem tomadas em caso de dificuldades econômico-financeiras, que acarretam a insolvência da sociedade.

A sociedade em comandita por ações, embora esteja em franco desuso, a exemplo da sociedade em comandita simples e da sociedade em nome coletivo foi mantida pelo Código Civil como um dos tipos de sociedade. Ela possui algumas características semelhantes à sociedade em comandita simples e outras da sociedade anônima. Possui duas categorias de sócios, os comanditados, com responsabilidade solidária e ilimitada e os comanditários com responsabilidade limitada à sua participação no capital.

Prevista no Código Civil nos artigos 1090 a 1092, ela também é regida pela Lei das Sociedades Anônimas em seus artigos 280 a 284; caracteriza-se por possuir o capital dividido em ações e a responsabilidade dos acionistas limita-se ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas. Entretanto, somente os acionistas têm legitimidade para administrar a sociedade e, como diretor, ele responde solidária, ilimitada, porém, subsidiariamente pelas obrigações da sociedade.⁸⁹

Modesto Carvalhosa menciona que:

No aspecto organizacional, sua característica é a de que a contribuição ao capital dos comanditários e dos comanditados é idêntica, como referido, diferenciando-se o status de responsabilidade de uns e de outros pelas funções de direção que os comanditados exercitam na sociedade.⁹⁰

A assembléia geral, ao contrário da sociedade anônima, possui certos limites a seu poder decisório, tais como: impedimento à aprovação, sem consentimento dos

⁸⁹Lei n.º 10.404/2002. **Código Civil** – art. 1.091.

⁹⁰CARVALHOSA, Modesto. **Comentários ao código civil: direito de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2003. v.13. p.383.

diretores da "mudança do objeto essencial da sociedade, prorrogar-lhe o prazo de duração, aumentar ou diminuir o capital social, criar debêntures ou partes beneficiárias".⁹¹

Por fim, a sociedade cooperativa que, por previsão do artigo 982 parágrafo único do Código Civil, qualquer que seja o seu objeto, será sempre sociedade simples, embora o seu registro seja efetivado pela Junta Comercial da unidade da Federação onde ela estiver sediada.

Amador Paes de Almeida⁹² salienta que "como o próprio nome deixa entrever, destina-se a prestar serviços aos próprios sócios, que são, a um só tempo, sócios e fregueses".

Este tipo de sociedade é regida pelos artigos 1.093 a 1.096 do Código Civil e por legislação especial, podendo a responsabilidade dos sócios ser limitada ou ilimitada. De acordo com o artigo 1.095 e seus parágrafos, a responsabilidade é limitada quando o sócio responde somente pelo valor de suas quotas e pelo prejuízo verificado nas operações sociais, guardada a proporção de sua participação em respectivas operações. Já a responsabilização do sócio é ilimitada quando o sócio responde solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais.

Modesto Carvalhosa invocando o artigo 3.º e o *caput* do artigo 4.º da Lei n.º 5.764/71 menciona:

cooperativa é a sociedade constituída por contrato visando a união de esforços (cooperação) de determinadas pessoas físicas ou jurídicas, estas últimas apenas em caráter excepcional, destinados a uma finalidade econômica não lucrativa, em benefício de seus integrantes, operando junto a eles ou a terceiros estranhos aos quadros sociais.⁹³

⁹¹Lei n.º 10.404/2002. **Código Civil** – art. 1.092.

⁹²ALMEIDA, **Manual...**, p.363.

⁹³CARVALHOSA, **Comentários ao código civil...**, p.398/399.

O artigo 1.094 do Código Civil delinea as suas principais características, a saber:

- I - variabilidade ou dispensa do capital social;
- II - concurso de sócios em número mínimo necessário a compor a administração da sociedade, sem limitação de número máximo;
- III - limitação do valor da soma de quotas do capital social que cada sócio poderá tomar;
- IV - intransferibilidade das quotas do capital a terceiros estranhos á sociedade, ainda que por herança;
- V - quorum, para a assembléia geral funcionar e deliberar, fundado no número de sócios presentes à reunião, e não no capital social representado;
- VI - direito de cada sócio a um só voto nas deliberações, tenha ou não capital a sociedade, e qualquer que seja o valor de sua participação;
- VII - distribuição dos resultados, proporcionalmente ao valor das operações efetuadas pelo sócio com a sociedade, podendo ser atribuído juro fixo ao capital realizado;
- VIII - indivisibilidade do fundo de reserva entre os sócios, ainda que em caso de dissolução da sociedade.

No enfrentamento de crise econômico-financeira, as cooperativas estão excluídas do processo de falência e de recuperação da empresa.

4 A INSOLVÊNCIA NO DIREITO COMPARADO

Seguindo a tendência evolutiva do Direito Comercial, que em sua fase subjetiva moderna tem como centro de estudo a teoria da empresa e o tratamento dispensado à crise econômico-financeira, deixa-se de privilegiar unicamente a satisfação do crédito privado, mesmo que em detrimento do sacrifício da atividade, para reconhecer a importância da empresa no cenário econômico e priorizar a sua manutenção, saldando, assim, as obrigações pendentes.

Ao analisar a empresa no contexto econômico, como fonte geradora de empregos, de consumo, de bens, tributação, entre outros, deixou-se de considerar apenas o credor de forma isolada, dando um tratamento mais adequado, do ponto de vista profissional, à crise econômico-financeira.

A viabilidade de recuperar a atividade e a conseqüente preservação da empresa passou a ser o fator determinante na escolha do instituto a ser aplicado quando a crise atinge o empresário.

Neste capítulo procurar-se-á fazer uma breve análise do tratamento normativo, embasada na legislação vigente e em pesquisa doutrinária dispensado à crise econômico-financeira enfrentada pelos empresários, em diversos países, que antecederam e que influenciaram na aprovação da atual Lei de Recuperação de Empresas e Falência (Lei n.º 11.101/2005) vigente no Brasil. A abordagem levará em conta alguns preceitos processuais e a participação dos credores no processo de recuperação de empresa, tendo em vista que, para a conclusão deste trabalho, alguns deles serão mencionados como paradigma.

4.1 DIREITO ALEMÃO

O direito alemão adota o sistema ampliativo no tratamento da insolvência, ou seja, a lei de insolvência alemã de 05 de outubro de 1994, em vigor desde 01 de janeiro de 1999 – *Insolvenzordnung, InsO*, que trata da insolvência, liquidação e

reestruturação da empresa, abrange não apenas os devedores empresários, mas também os pequenos empresários e as pessoas naturais não-empresárias.

Dora Berger⁹⁴, cuja obra compara as leis alemã e brasileira, citando J. Wellensick menciona como objetivo daquela lei:

Combater a inexistência ou insuficiência da massa falida (Massearmut), que os casos de insolvência sejam ajuizados e decididos de acordo com um processamento judicial ordenado, assim como oferecer possibilidades legais que permitam uma melhor opção entre o reequilíbrio patrimonial e a liquidação do patrimônio penhorável do devedor.

Motivado pelo fato de a referida lei regular o procedimento em caso de insolvência, tanto das pessoas empresárias como das não-empresárias, o legislador buscou amenizar os efeitos da aplicação da lei para as das pessoas naturais, não-empresárias, estabelecendo, com caráter extrajudicial, a composição das dívidas denominada "*Saneamento extrajudicial das obrigações*". Por esse procedimento, as pessoas antes citadas, para se subordinarem a esta lei, no entanto, deverão comprovar em juízo que nos últimos seis meses tentaram compor com seus credores, sem lograr êxito. Estabelece ainda, para essas pessoas, a possibilidade de exoneração das obrigações residuais.

No âmbito judicial, existem duas espécies de ação de insolvência: uma destinada aos comerciantes e outra às pessoas naturais e aos pequenos comerciantes. Esta última possui como requisitos aqueles enunciados no parágrafo anterior.

Citada autora⁹⁵ esclarece que a ação de insolvência pode ter como objetivo a liquidação do patrimônio do devedor, a apresentação de um plano de insolvência, que se traduz em um plano de pagamento dos credores ou, ainda, em operações

⁹⁴WELLENSICK. J. *Sanieren oder liquidieren*. WM, 1999. p.405-460, apud BERGER. Dora. **A insolvência no Brasil e na Alemanha**: estudo comparado entre a lei de insolvência alemã de 01.01.1999 (traduzida) e o projeto de lei brasileiro n.º 4.376 de 1993 (com as alterações de 1999) que regula a falência, a concordata preventiva e a recuperação das empresas. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001. p.25.

⁹⁵BERGER, op. cit., p.26-42.

societárias, tais como a transformação, incorporação, fusão ou cisão, sempre com o objetivo de quitar as obrigações assumidas.

A ameaça de inadimplência, a inadimplência e a insolvência fundamentam a ação de insolvência. Como medida preventiva, o devedor poderá aforar a ação de inadimplência, com fundamento na "ameaça de inadimplência", exteriorizada pela verificação de futura iliquidez, com a impossibilidade de cumprimento das obrigações assumidas. Na hipótese de a sociedade devedora ser de capitais, existe o dever legal de ajuizamento do pedido, sob pena de responder por omissão. Uma vez feito o pedido de ação de inadimplência por ameaça de insolvência, os credores não poderão pleitear indenização, salvo na hipótese de o devedor haver infringido dispositivos penais.

Os créditos foram classificados em dois grupos: o primeiro representa os credores da massa, em que se incluem os encargos e as dívidas relativas à administração da massa e que devem ser antecipados quando do pedido inicial, sob pena de indeferimento; o segundo, os credores da insolvência, incluindo credores titulares de créditos pessoais e por créditos subordinados.

A ação de insolvência prevista para os empresários admite a apresentação de um plano de insolvência, a ser elaborado e apresentado pelo devedor ou pelo administrador da insolvência por iniciativa própria ou a pedido da assembléia geral de credores. O plano poderá prever três situações distintas:

- a) Plano de saneamento (*sanierungsplan*), cujo objetivo principal é o reequilíbrio patrimonial e a preservação da empresa;
- b) Plano de liquidação (*liquidationsplan*), que prevê a manutenção temporária da empresa para posterior liquidação ou alienação de seu patrimônio;
- c) Plano de transferência, total ou parcial, do patrimônio da empresa. Nesta hipótese são previstas as operações societárias de transformação, cisão, incorporação e fusão, sendo aplicáveis à espécie adotada os dispositivos da lei de sociedades anônimas.

A ação de insolvência, com a natureza de execução coletiva, abrangendo os bens presentes e futuros (adquiridos durante o processo) do devedor, afastando-os da sua administração e retirando-lhe o poder de livre disposição de tais bens. Esses poderes são atribuídos a um administrador da falência, nomeado pelo juiz, entre advogados comerciantes, auditores de contas ou consultores fiscais.⁹⁶ Entre as suas funções, pode-se destacar: a arrecadação de bens do falido, inclusive os que se encontram em poder de terceiros; a restituição de bens de terceiros que estejam em poder do falido; a elaboração de um inventário dos bens, atribuindo-lhes valor; o pagamento de funcionários; a decisão sobre o prosseguimento dos contratos em curso; a alienação dos ativos e pagamento dos credores, conforme quadro anunciado, elaborado a partir das habilitações de crédito apresentadas pelos credores.

Quanto ao procedimento da ação de insolvência, ressalta-se que a assembleia de credores é quem decide sobre o destino da empresa: seu fechamento, a sua continuação provisória ou a elaboração de um plano de insolvência. Possuem, igualmente, o administrador e o devedor, competência para apresentar o plano de insolvência. Após análise prévia do plano pelo Tribunal de Falências, o mesmo é encaminhado à comissão de credores, ao devedor, ao administrador e ao comitê de empresa, para parecer e fixação do prazo para seu cumprimento.

Da assembleia de credores participam todos os credores privilegiados, todos os credores da falência, o administrador da falência e o devedor, a qual tem entre suas atribuições a nomeação da comissão de credores e a definição do destino da ação de insolvência. A comissão de credores também pode ser criada, provisoriamente, pelo Tribunal de Falência, antes da primeira assembleia geral de credores, que poderá dissolvê-la.

O devedor deverá concordar com o plano de insolvência apresentado, salvo se a sua posição financeira ou a de algum credor for prejudicada. O plano deverá

⁹⁶Disponível em: <<http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy.ger.pt.htm>>. Acesso em: 23 nov, 2006.

ser aprovado pela maioria dos credores, para posterior confirmação pelo Tribunal de Falências.

4.2 DIREITO FRANCÊS⁹⁷

A França adota o sistema restritivo de tratamento da insolvência, aplicando-se legislação distinta aos devedores empresários e aos não empresários. Dessa forma, possui dois regimes jurídicos para tratamento da insolvência: um aplicável às pessoas físicas com dívidas não-profissionais e outro, aos comerciantes, agricultores, artesãos e quaisquer pessoas jurídicas.

O regime aplicado às pessoas físicas tem como pressuposto a boa-fé e a impossibilidade de o sujeito fazer face ao pagamento das obrigações assumidas. O seu requerimento pede a intervenção de uma comissão administrativa, a qual, após elaborar um rol das dívidas e colher informações sobre elas, requer ao Tribunal a suspensão das execuções movidas contra o devedor. No prazo da suspensão, a comissão busca a conciliação do devedor e seus credores, obtendo a dilação do prazo para pagamento das obrigações, a sua remissão parcial ou a combinação de ambos. Caso a negociação resulte frustrada, a comissão recomenda medidas a serem observadas pelo prazo de dez anos.

Para as pessoas físicas, de boa-fé, que estejam com a situação financeira irremediavelmente comprometida, existe a previsão legal do "processo de restabelecimento pessoal", mediante o qual os bens do devedor são arrecadados e avaliados e as suas dívidas apuradas, para posterior liquidação judicial, determinada pelo Tribunal.

O procedimento aplicável à insolvência das pessoas jurídicas encontra-se regulado pela Lei n.º 2.005-845 de 26 de julho de 2005 (*loi de auvergarde des entreprises*),

⁹⁷Informações extraídas do site: <<http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy.fra.pt.htm>>. Acesso em: 23 nov. 2006; LOBO, Jorge. **Da recuperação da empresa no direito comparado**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1993. p.65-106.

a qual prevê: procedimento de prevenção das dificuldades das empresas e os procedimentos conciliatórios; disposições relativas à recuperação; a *redressement* judicial; disposições relativas à liquidação judicial, às responsabilidades e sanções.

Para as pessoas jurídicas, incluindo os comerciantes, artesãos e agricultores, existe a previsão legal da recuperação e liquidação judiciais. A insolvência é exteriorizada pela cessação dos pagamentos, ou seja, pela manifesta impossibilidade de o devedor liquidar o seu passivo exigível com o ativo disponível.

A legislação francesa prevê um procedimento informal de regularização e reorganização da empresa e outro formal. O procedimento informal consiste na regularização por mútuo acordo, que pode ser requerido pela empresa que se encontra em dificuldade econômico-financeira, sem, contudo, configurar a sua insolvência. O Presidente do Tribunal do Comércio nomeia um conciliador, por um período não superior a 4 (quatro) meses, com o objetivo de celebrar acordo com os credores; para tanto, as ações e execuções em tramitação são suspensas. O devedor, nesse período, fica impedido de realizar o pagamento das dívidas anteriores ao pedido, bem como de dispor dos seus bens, sem autorização do presidente do Tribunal. Celebrados os acordos, são levados ao Presidente do Tribunal para homologação. Na hipótese de descumprimento dos acordos celebrados, considera-se a empresa insolvente passível de liquidação.

Quanto aos procedimentos formais, são previstos o de recuperação judicial e o de liquidação judicial, ambos processados perante o Tribunal de Comércio, composto por comerciantes eleitos. Em departamentos onde não existem tais tribunais, a competência é do tribunal de grande instância, composto por três magistrados.

A recuperação da empresa judicial é destinada às empresas em dificuldade econômico-financeira, mas ainda viáveis, objetivando a sua manutenção e a dos postos de trabalho ou, ainda, a sua alienação. E a liquidação judicial é aplicada quando a recuperação da empresa mostra-se inviável, devendo cessar as suas atividades e realizar o ativo para pagamento do passivo, ou ser cedida a terceiros.

Apresentado o pedido de recuperação e verificada a sua viabilidade, o Tribunal do Comércio determina a apresentação do plano de recuperação, que pode prever a manutenção da empresa com os mesmos titulares ou a sua alienação. Verificada sua inviabilidade, o tribunal decide pela liquidação.

O plano de manutenção da empresa não poderá exceder o prazo de dez anos para pagamento dos credores, os quais são apenas consultados.

A recuperação, por transferência da empresa a terceiros, envolve uma proposta de aquisição, que poderá abranger todo o complexo empresarial, ou apenas alguns de seus estabelecimentos. A aceitação da proposta é feita pelo Tribunal e deve conter, entre outras informações, os contratos e demais obrigações assumidas pelos adquirentes, a forma de manutenção da empresa, o número de empregados que poderão ser demitidos.

Na recuperação judicial atuam os seguintes órgãos: o administrador judicial, o representante dos credores e o comissário responsável pela execução do plano.

O administrador judicial, órgão facultativo para empresas com menos de 50 (cinquenta) empregados e volume de negócios inferior a 3.100.000 euros, é nomeado pelo Tribunal, observada a lista de profissionais habilitados. Entre suas funções encontram-se: a elaboração do relatório sobre as possibilidades de recuperação da empresa e a assistência aos administradores da empresa devedora.

O representante dos credores, igualmente escolhido dentre componentes de uma lista de profissionais, tem a atribuição representar os credores, avisá-los do prazo para a apresentação das declarações de crédito, recebê-las e examiná-las. Os credores, à exceção dos trabalhistas, são obrigados a apresentar as declarações, no prazo de dois meses da publicação da instauração do processo. Os créditos trabalhistas são verificados pelo representante dos credores, o qual elabora um mapa dos créditos com base na documentação existente na sociedade devedora. Os interessados têm o prazo de dois meses para impugná-los perante o "*conseil de prud'hommes*".

O comissário é o responsável pela supervisão da execução do plano de recuperação.

A liquidação judicial é procedida por um liquidatário, nomeado pelo tribunal a partir de uma lista de profissionais habilitados, com a incumbência de realizar o ativo e efetuar o pagamento do passivo. Os créditos são classificados em: privilegiado e comum, sendo que o pagamento dos primeiros antecede o comum em virtude de garantia ou privilégios sobre bens do devedor. Encerra-se a liquidação com a verificação de inexistência de bens do ativo.

4.3 DIREITO ITALIANO⁹⁸

A legislação falimentar italiana de 16 de março de 1942 n.º 267, foi modificada pelo Decreto-legislativo de 9 de janeiro de 2006, n.º 5. As novas disposições entraram em vigor seis meses após a publicação do decreto-legislativo, no Jornal Oficial, ou seja, após 1.º de julho de 2006. O decreto-legislativo se aplica aos devedores empresários.

Para G. Ferri, a natureza jurídica da sentença que decreta a falência está na categoria dos procedimentos constitutivos, e esclarece que a concordata constitui um meio pelo qual se busca a satisfação dos credores sem recorrer à liquidação judicial do patrimônio do devedor. A concordata é um ato complexo, do qual participam os falidos, os credores e de vários modos os órgãos da falência; ela consiste em um acordo com os credores, que necessita da homologação judicial. A concordata é um ato de formação sucessiva, que pressupõe uma proposta que pode ser apresentada não apenas pelo devedor, mas também por um ou mais credores ou por terceiros. É uma proposta que para ter validade necessita dar conhecimento da situação financeira do devedor, do seu passivo, se dispõe de dados contábeis

⁹⁸Informações obtidas a partir do site: <<http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy.ita.it.htm>>. Acesso em: 23 nov. 2006.

confiáveis que permitam ao curador apresentar e obter a aprovação do juiz delegado e de um determinado número de credores. Esta proposta deve conter os meios pelo qual o devedor pretende satisfazer as suas obrigações e as garantias que serão ofertadas.⁹⁹

Maurízio Irrera¹⁰⁰, em artigo publicado sobre a nova lei de falências, comenta que o procedimento concursal não pode ter a finalidade meramente liquidatória, mas deve primar pela preservação da atividade da empresa, ou em outros casos, dar uma garantia consistente aos credores por meio do seu saneamento ou da transferência a terceiros da estrutura empresarial.

A legislação italiana caracteriza a insolvência como sendo um estado de fato, exteriorizado pela impossibilidade de pagar regularmente as suas obrigações¹⁰¹. Ele é o pressuposto para a instauração do processo de falência, ou outros procedimentos que envolvam a liquidação dos bens do devedor.

São previstos os seguintes procedimentos: acordo extrajudicial, concordata preventiva, falência e liquidação administrativa forçada. A última se aplica somente a empresas que, em face da sua relevância pública, estão excluídas do processo de falência normal, podendo ser reguladas por lei especial, a exemplo das instituições financeiras, seguradoras, entre outras.

A sujeição ao procedimento encontra-se prevista no artigo 1.º do Decreto legislativo de 9/01/2006, n.º 5, quando determina que estão sujeitos à falência e à concordata preventiva os empresários comerciais, considerados mediante dois fatores, alternativamente: a) capital investido superior a 300.000,0 euros; b) faturamento

⁹⁹FERRI, op. cit., p.558.

¹⁰⁰IRRERA, Maurizio. **La riforma del diritto fallimentare**: um primo panorama delle principali novità. Dipartimento di Studi per l'Impresa e il Territorio. Disponível em: <siteaurizio.irrera@eco.unipmn.it>. Acesso em: 23 jan. 2007. *"le procedure concursali non più in termini meramente liquidatori-sanzionatori, ma piuttosto come destinate ad un risultato di conservazione dei mezzi organizzativi dell'impresa, assicurando la sopravvivenza, ove possibile, di questa e, negli altri casi, procurando alla collettività ed in primoluogo agli stessi creditori, una più consistente garanzia patrimoniale attraverso il risanamento e il trasferimento a terzi delle strutture aziendali"*

¹⁰¹ITALIA. Decreto Legislativo 9/01/2006, n.5, art. 5, n.2.

médio anual, nos três últimos anos, ou do início da atividade, se for menor o tempo, superior a 200.000,00 euros; o espólio do devedor comerciante. Exclui do procedimento os entes públicos, o pequeno empresário, o empresário individual, o empresário que cessou as suas atividades há mais de um ano e os empresários agrícolas. Estão excluídas, também, as empresas cujo débito apurado na fase pré-falimentar for inferior a 25.000,00 euros.

A legitimidade ativa para requerimento é conferida ao próprio devedor, aos credores, ao representante do Ministério Público, e o foro competente para a declaração de falência é o do lugar onde o falido possui o seu principal estabelecimento.

O procedimento de falência tramita perante o Tribunal e possui uma fase pré-falimentar, na qual se realiza uma audiência com a presença do devedor, credor e o representante do Ministério Público. O tribunal pode determinar providências preliminares, com eficácia por tempo limitado, objetivando a conservação do patrimônio do devedor que produzem efeito até serem confirmadas ou revogadas por sentença declaratória de falência. A sentença declaratória, entre outras providências, contém a nomeação do juiz, do curador, determina o dia e hora da declaração, a apresentação da escrituração contábil e balanços. Da sentença, cabe "*appello*", em princípio, sem efeito suspensivo.

Depois de proferida a sentença que decreta a falência, o devedor perde o direito de administrar e de dispor de seus bens, cabendo-lhe apenas a fiscalização da administração do ativo, sendo-lhe ainda vedado efetuar o pagamento de obrigações anteriormente assumidas.

Atuam na falência os seguintes órgãos: o Tribunal, o juiz delegado¹⁰², o curador e o comitê de credores. O Tribunal da falência possui competência, em razão da matéria, para decidir sobre todas as ações derivadas do processo

¹⁰² A legislação italiana faz a previsão da figura do juiz delegado, como sendo o juiz designado pelo Tribunal para presidir o processo.

falimentar, sem exceções; nomear, destituir e fixar as atribuições do comissário, e julgar os recursos.

O juiz atua na vigilância e no controle da observância do procedimento e solução de conflitos. O curador, nomeado na sentença declaratória da falência, é o administrador dos bens da falência; é ele quem atua na fase de liquidação. O comitê de credores, nomeado pelo juiz, é composto por três ou cinco membros, escolhidos entre os credores, com a atribuição de supervisionar a atuação do curador e emitir pareceres solicitados pelo curador, juiz e Tribunal, nos casos previstos em lei, examinar a escrituração contábil. Em resumo, a reforma buscou fortalecer o acordo entre a parte devedora e seus credores.

O produto da alienação do ativo se destina ao pagamento dos credores, observada a ordem decrescente de classificação prevista em lei, sendo inicialmente pagos os credores privilegiados.

O acordo extrajudicial (*accordo di ristrutturazione dei debiti*) é uma medida preventiva que visa evitar a decretação da falência, que consiste em um acordo proposto pelo empresário-devedor aos credores que representem pelo menos 60% (sessenta por cento) do débito. O documento deve ser redigido por um profissional, solicitando a dilação do prazo para pagamento das obrigações, a sua remissão total ou parcial, ou ainda a transferência de determinados bens, bem como as garantias oferecidas como meio de assegurar o cumprimento do acordo. O acordo consensual adquire conotação judicial, na hipótese de oposição dos credores, no prazo de trinta dias do conhecimento do plano e após a sua homologação. O acordo adquire eficácia após a sua publicação. Como providência complementar deverá ser levado ao Registro de Empresas.

A concordata preventiva, requerida perante o Tribunal onde se situa o principal estabelecimento do empresário, tem como objetivo a apresentação de um plano de reestruturação da empresa ou dilação do prazo para pagamento de suas obrigações. Recebendo a proposta, o Tribunal poderá admitir o pedido ou decretar a falência de ofício. A concordata é concedida após aprovação pela maioria dos credores

de cada uma das classes. Concedida a concordata, o empresário passará a uma administração vigiada por um administrador judicial. A publicidade da decisão dá-se por afixação em quadro no Tribunal, inscrição no Registro de Empresas, anotação em outros cartórios, em cuja sede o devedor possua bens imóveis ou outros sujeitos a registro público e publicação em um ou mais jornais. Na concordata preventiva o devedor poderá propor uma transação fiscal.

4.4 DIREITO ESPANHOL¹⁰³

Jorge Lobo em sua obra *Recuperação da Empresa no Direito Comparado*, ao tratar dos antecedentes históricos no direito espanhol menciona:

O Direito espanhol sempre reconheceu a flagrante diferença entre a situação da empresa que definitivamente cessa o pagamento de suas dívidas e a empresa que, por dificuldades financeiras momentâneas e contornáveis, deixa, provisoriamente, de honrar seus compromissos, não pagando, no vencimento, dívida líquida e certa, razão pela qual o Código Comercial em vigor consagra, nos arts. 870 e 871, a dicotomia entre quebra e suspensão de pagamentos, que, até o seu advento eram apenas momentos diversos dentro do processo de falência.¹⁰⁴

Atualmente a Lei n.º 22 de 9 de julho de 2003 (*Ley concursal*) regula o procedimento judicial aplicável aos casos de insolvência, denominado "*concurso de acredores*". O mesmo procedimento é aplicado aos devedores civis e empresários, pessoas singulares ou coletivas, tendo como objetivo a satisfação dos credores, embora privilegie igualmente a recuperação da empresa e manutenção dos postos de trabalho.

Segundo a exposição de motivos da Lei n.º 22/2003, a unidade de procedimento deve-se à igualdade do pressuposto objetivo, que é a insolvência,

¹⁰³Informações obtidas no site: <<http://ec.europa.eu/civijustice/bankruptcy.spa.pt.htm>>. Acesso em: 23 nov. 2006.

¹⁰⁴LOBO, **Da recuperação...**, p.60.

"concebida como sendo o estado patrimonial do devedor que não pode cumprir regularmente as suas obrigações".

O foro competente para a decretação da falência é o do Tribunal de Comércio da sede do principal estabelecimento do devedor. Pode-se, ainda, decretar a falência de devedores estrangeiros que atuam em território espanhol, caso em que a competência será do Tribunal de Comércio em cujo território situe-se o estabelecimento devedor.

O critério subjetivo consiste na personalidade jurídica do devedor, independentemente de ser uma pessoa singular ou coletiva, excetuadas do procedimento as entidades estatais. Como critério objetivo figura a insolvência, entendida como o desequilíbrio patrimonial, ou ainda a impossibilidade de o devedor efetuar o pagamento de suas obrigações. A legislação espanhola contempla, também, a exteriorização do estado de insolvência pela prática de determinados atos, enumerados em lei, tais como: a execução singular frustrada, transferência simulada de bens.

Possuem legitimidade ativa para requerer a falência: o devedor, os sócios solidária e ilimitadamente responsáveis de sociedade devedora e os credores.

O devedor possui a faculdade de apresentar o pedido de falência quando se encontra na iminência do estado de insolvência. Posteriormente, quando este estado já estiver consolidado, ele terá a obrigação de apresentar o pedido, denominado falência voluntária.

Quando o pedido for apresentado pelo credor, será designada audiência prévia e possibilitada ao devedor a apresentação de contestação, refutando os argumentos invocados.

Os órgãos da falência são: o juiz e a administração concursal. A junta de credores somente será constituída em caso de não ser aprovada, por declarações escritas, a proposta apresentada. A intervenção do representante do Ministério

Público é limitada à hipótese de qualificação da falência, em razão de delitos contra o patrimônio ou à ordem econômico-social.¹⁰⁵

O juiz atua como órgão diretor do processo, possuindo discricionariedade para exercer as suas funções, desde que motivadas. A administração concursal é exercida por um órgão colegiado, composto por profissional nas matérias relevantes para o concurso – jurídica e econômica – por representante dos credores titulares de crédito ordinário e com privilégio geral. Na hipótese de sociedades com títulos negociados em Bolsa de Valores, o juiz poderá nomear único administrador profissional.¹⁰⁶

Após a declaração de falência, serão arrolados os bens do falido e elaborada a lista de credores, observando a classificação prevista em lei. Após a sua aprovação, abrem-se duas possibilidades: a celebração de acordo com os credores e a liquidação. A celebração do acordo tem como limites que a remissão da dívida não seja superior a 50% (cinquenta por cento) e que o prazo para pagamento não exceda a 5 (cinco) anos. Na modalidade de liquidação, a preferência é dada à venda da empresa ou de suas unidades produtivas, com o objetivo da manutenção da atividade. O produto arrecadado com a venda servirá para o pagamento do passivo, observada a ordem de credores aprovada.

O encerramento do processo se dá com o pagamento dos credores, realizado com o produto obtido com a liquidação dos bens e direitos do devedor ou com o cumprimento do acordo firmado.

4.5 DIREITO PORTUGUÊS¹⁰⁷

¹⁰⁵ESPANHA. Lei n.º 22/2003. Exposição de motivos. IV.

¹⁰⁶ESPANHA. Lei n.º 22/2003.

¹⁰⁷Informações obtidas à partir do site: <http://ec.europa.eu/civiljustice/bakruptcy_por_pt.htm>. Acesso em: 23 nov. 2006.

O Código de Insolvência e Recuperação de Empresa (CIRE), aprovado pelo artigo 1.º do Decreto-lei n.º 53/2004, tendo iniciado a sua vigência em 14 de setembro de 2004,

vem regular um processo de execução universal que tem como finalidade a liquidação do património de devedores insolventes e a repartição do produto obtido pelos credores ou a satisfação destes pela forma previstas num plano de insolvência que nomeadamente, se baseie na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente.¹⁰⁸

No seu preâmbulo o Decreto-lei n.º 53/2004 de 18 de março determina:¹⁰⁹

Ao direito da insolvência compete a tarefa de regular juridicamente a eliminação ou a reorganização financeira de uma empresa segundo uma lógica de mercado, devolvendo o papel central aos credores convertidos, por força da insolvência, em proprietários da empresa. Não valerá, portanto afirmar que no novo Código é dada a primazia à liquidação do património do insolvente. A primazia que efectivamente existe, não é demais reitera-lo, é a da vontade dos credores, enquanto titulares do principal interesse que o direito concursal visa acautelar: o pagamento dos respectivos créditos, em condição de igualdade quanto ao prejuízo decorrente de o património do devedor não ser, à partida e na generalidade dos casos, suficiente para satisfazer os seus direitos de forma integral.

O legislador português estabeleceu uma única forma de processo especial de insolvência e a definiu "a impossibilidade de cumprimento por parte do devedor, das suas obrigações vencidas, ou no que respeita às pessoas colectivas e aos patrimónios autónomos, pela existência de passivo manifestamente superior ao activo". Previu um tratamento preventivo extrajudicial, em caso de insolvência, visando à elaboração de um acordo entre a empresa devedora e todos ou alguns de seus credores. Este processo, que tem como finalidade não só a satisfação dos credores, mas também a recuperação da empresa, é promovido pelo Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas e ao Investimento (IAPMEI).

¹⁰⁸PORTUGAL. artigo 1.º, n.º 2 da Lei n.º 39 de 22 de agosto de 2003.

¹⁰⁹PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 53 de 18 de março de 2004.

O Código de Insolvência e Recuperação de Empresas prevê um mesmo procedimento para a declaração de insolvência e para a recuperação de empresas. A opção por uma forma ou pela outra é dada pelos credores, reunidos em assembleia. A insolvência é qualificada como culposa ou fortuita, estabelecida a qualificação em incidente processual.

Como formas de exteriorizar a insolvência, a legislação portuguesa previu alguns atos que por sua natureza demonstram a situação financeira do devedor:

- a. suspensão generalizada do pagamento das obrigações vencidas;
- b. falta de cumprimento de uma ou mais obrigações que pelo seu montante ou pelas circunstâncias do incumprimento, revele a impossibilidade de o devedor satisfazer pontualmente a generalidade das suas obrigações;
- c. fuga do titular da empresa ou dos administradores do devedor ou abandono do local em que a empresa tenha sede ou exerça a sua principal actividade, relacionadas com a falta de solvabilidade do devedor e sem a designação de substituto idóneo;
- d. dissipação, abandono, liquidação apresada ou ruinosa de bens e constituição fictícia de créditos;
- e. insuficiência de bens penhoráveis para pagamento do crédito do exequente verificada em processo executivo movido contra o devedor;
- f. incumprimento de obrigações previstas em um plano de insolvência ou em plano de pagamentos aprovados pelos credores em processo de insolvência já instaurado;
- g. incumprimento generalizado, nos últimos seis meses, de dívidas tributárias, de contribuições e quotizações para segurança social, dívidas emergentes de contrato de trabalho ou da violação ou cessação deste contrato, de rendas de qualquer tipo de locação incluindo financeira, prestações do preço da compra ou empréstimo garantido pela respectiva hipoteca, relativamente a local em que o devedor realize a sua actividade ou tenha sua sede ou residência;

- h. manifesta superioridade do passivo sobre o activo segundo o último balanço aprovado ou atraso superior a nove meses na aprovação e depósito da contas, se existir obrigação legal nesse sentido, quando o devedor seja uma pessoa colectiva ou um património autónomo.¹¹⁰

Possuem legitimidade para requerer a insolvência:

- a) o devedor;
- b) o credor;
- c) o Ministério Público.

Ao devedor é atribuído o dever de requerer a sua insolvência no prazo de sessenta dias, contados da data do conhecimento da situação, sob pena de a insolvência ser qualificada como culposa e sujeito a medidas inibitórias. Quando se tratar de pessoa física, este dever fica afastado, restando a faculdade de apresentar o pedido no prazo de seis meses após a verificação de seu estado, para pedir o benefício de exoneração do passivo residual.

Ao credor que apresentar o pedido de insolvência é dado o benefício de classificação do seu crédito como credor com privilégio geral sobre o património do devedor.

O tribunal competente para a declaração de insolvência é o Tribunal de Comércio, da sede do devedor ou o centro de seus principais interesses, quando a insolvência for de uma sociedade comercial ou a massa insolvente integre uma empresa. Quando se tratar de insolvência de pessoa singular, cuja massa insolvente não integre uma empresa, a tramitação se dará nos juízos cíveis, cuja competência territorial é estabelecida pelo domicílio do devedor.

Ao juiz são atribuídas as funções de controle da legalidade, exame do pedido de declaração de insolvência, homologação do plano de pagamentos ou de liquidação e encerramento do processo. A ele, é atribuída, ainda, para a competência de proferir sentença quanto à verificação e classificação dos créditos, nomeação do

¹¹⁰Texto extraído do site: <http://ec.europa.eu/civiljustice/bakruptcy_por_pt.htm>. Acesso em: 23 nov. 2006.

administrador da insolvência, de curador aos credores não habilitados, suspensão da liquidação e partilha do valor obtido com a liquidação dos bens.

Na hipótese de justo receio de dilapidação do patrimônio pelo devedor, o juiz poderá, mesmo antes da sentença declaratória da insolvência, afastá-lo da administração dos bens ou determinar sua administração controlada, nomeando um administrador judicial provisório.¹¹¹

Os órgãos da insolvência são:

- a) administrador da insolvência;
- b) comissão de credores;
- c) assembleia de credores.

O administrador da insolvência é nomeado pelo juiz, na sentença declaratória da insolvência, entre as entidades constantes de uma lista oficial, podendo posteriormente ser substituído pela assembleia geral, quando então estará dispensada a observância da lista oficial. Além de administrar a massa da insolvência e representar o devedor para todos os efeitos de caráter patrimonial que interessem ao processo, ele deverá informar o lugar onde se encontram os documentos relativos à liquidação, apresentar trimestralmente informações sobre o estado da administração e da liquidação. Quando cessarem as suas funções, estará obrigado a apresentar a suas contas, as quais, após elaboração de parecer pela comissão de credores, serão examinada pelos credores e pelo Ministério Público.

A comissão de credores é um órgão facultativo no processo de insolvência, podendo ser nomeada pelo juiz ou, se este julgar desnecessária, pela assembleia de credores. É composta por três ou cinco membros efetivos e dois suplentes, não remunerados pela massa, com o objetivo de auxiliar o administrador da insolvência e fiscalizar suas atividades, por meio de exame de documentos e da contabilidade.

¹¹¹PORTUGAL. Decreto-lei n.º 53/2004, art. 31.

A assembléia de credores, órgão deliberativo, presidido pelo juiz, é composta pelos credores, podendo o juiz limitar a participação aos titulares de créditos acima de um determinado valor, nunca inferiores a 10.000,00 euros. Aos devedores minoritários é permitido se agruparem para atingir o valor mínimo determinado.

A primeira assembléia de credores é designada na sentença declaratória de insolvência, com a atribuição de examinar o relatório, o inventário e a lista de credores, elaborada pelo administrador da insolvência, podendo as demais serem convocadas pelo juiz, de ofício ou a pedido do administrador da insolvência, da comissão de credores ou de algum dos credores. A assembléia de credores tem o poder de decidir sobre a recuperação e manutenção da empresa, na titularidade do devedor ou de terceiros, ou a sua liquidação e sobre o plano de pagamentos apresentado pelo devedor.

Os créditos, inicialmente são classificados em credores da insolvência e credores da massa insolvente¹¹². As primeiras correspondem às obrigações assumidas pelo devedor antes da sua declaração de insolvência, as outras correspondem às obrigações assumidas no curso do processo, tais como custas judiciais e despesas realizadas para a administração da massa.

O plano de insolvência poderá ser apresentado pelo administrador da insolvência, pelo devedor, por qualquer pessoa responsável pelas dívidas e por qualquer credor. Ele tem como finalidade o pagamento dos credores, baseado na recuperação da empresa, ou liquidação da massa e repartição do produto obtido.

4.6 DIREITO NORTE-AMERICANO

A legislação falimentar norte-americana – Código da Bancarrota de 1978, prevê: em seu capítulo 7, a liquidação; Capítulo 11, a reorganização; Capítulo 12, o

¹¹²A especificação dos credores da massa insolvente encontra-se no artigo 51, 1 do Decreto-lei n.º 53/2005 – Portugal.

reajuste dos débitos de uma família fazendeira com renda anual regular e no capítulo 13, o reajuste dos débitos de uma pessoa de renda regular.

Jorge Lobo¹¹³, em sua obra "Da recuperação da Empresa no Direito Comparado", faz alusão ao fato de que o maior número de pedidos decorrentes da insolvência, nos Estados Unidos, está enquadrado nos capítulos 7, 12 e 13; entretanto, o procedimento utilizado pela empresa americana de médio e grande porte é o previsto no Capítulo 11, quando regula a Reorganização falimentar.

A reorganização pode ser requerida por qualquer empresa, independente do tipo adotado; excetuam-se apenas os corretores de ações, de mercadorias e o município. Tem legitimidade ativa para o seu requerimento não apenas o devedor, mas também o credor e sócios da sociedade devedora, quando então é denominado requerimento involuntário.

Ocorrendo o requerimento involuntário os pagamentos efetuados pelo devedor nos 90 (noventa) dias que antecederam o pedido podem ser anulados, cabendo ao credor a devolução dos valores à massa.

Para Mayer¹¹⁴, as empresas insolventes podem ser consideradas de duas espécies: a primeira, daquelas que não podem pagar o que devem em razão de pesados investimentos na atividade, podem recorrer ao processo de reorganização falimentar, que inovou reduzindo a necessidade de recursos em caixa da sociedade insolvente, mediante a conversão de sua dívida em participações no capital, além da possibilidade de conversão de obrigações continuadas em capital. "[...] 'a reorganização falimentar' como misto de processo jurídico e empresarial através do qual empresas insolventes tratam de suas necessidades de caixa". Adiante especificou que outro tipo de empresa é aquela que, além de não poder pagar o que deve, também não possui recursos para continuar as suas atividades. Estas últimas se beneficiam pouco ou nada da

¹¹³LOBO, **Da recuperação...**, p.118-125.

¹¹⁴MAYER, Thomas Moers. **Conferência proferida**. Trad. Istvan Vajda. Disponível em: <<http://braudel.org.br/novo/eventos/conferencias/2001/art8.htm>>. Acesso em: 25 jan. 2007.

reorganização falimentar. A reorganização falimentar "significa a conversão das dívidas da empresa em participação no capital – ou seja a empresa é aliviada de parte ou de toda a sua dívida, seus credores tornam-se acionistas e seus acionistas são diluídos ou eliminados".

O juízo competente para o seu requerimento e concessão é o federal da sede do principal estabelecimento, do domicílio ou da situação dos principais bens. A distribuição do pedido acarreta a suspensão temporária das execuções e dos pagamentos, denominada (*automatic stay*). A devedora, na seqüência, deverá apresentar o rol de credores e de bens.

A apresentação do plano de reorganização é um direito do devedor, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, podendo ser prorrogado a requerimento do devedor, o qual deverá ser aprovado no prazo de 180 (cento e oitenta) dias. A não-observância dos prazos estabelecidos acarreta o direito de qualquer credor ou parte interessada apresentar o plano.

O pedido de reorganização da empresa não retira do devedor os poderes de administração da empresa, entretanto, subordina-o ao pedido de autorização para contrair determinadas obrigações. Na hipótese de suspeita de fraude ou incompetência do devedor, a Corte nomeará um síndico.

Juntamente com o plano de reorganização deverá ser apresentado documento contendo esclarecimentos sobre o plano, balanço geral, causas que levaram a empresa à situação de insolvência (*Disclosure Statement*). Após a apreciação pelos interessados, credores e acionistas votam o plano apresentado. A Corte poderá aprovar ou não o plano de reorganização. Em caso positivo, a Corte somente acompanhará a implementação do plano apresentado.

Em conclusão, verifica-se pela explanação feita no tópico que versa sobre o direito comparado, que nos países mencionados, o procedimento visando à reorganização da empresa e a ampliação da participação dos credores, na fiscalização da atuação do empresário devedor ou do administrador nomeado e na decisão sobre o destino da empresa, é unânime. A diferença entre eles reside na

amplitude do direito decisório conferido aos credores e, na atribuição da competência para exame do plano de recuperação apresentado.

No direito alemão, francês, espanhol, português essa decisão sobre o destino da empresa é tomada pela maioria dos credores, modelo adotado pelo direito brasileiro, na Lei nº 11.101/2005.

Entretanto, o direito francês, adotou postura de tratamento equilibrado entre devedores e credores. Os credores são, apenas, consultados e a viabilidade da empresa é analisada pelo Tribunal de Comércio. No direito norte-americano, a deliberação sobre o plano de recuperação é tomada em assembléia composta pelos credores e acionistas, oportunizando desta forma a participação dos investidores, no destino da empresa.

5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE PERMEIAM A LEI N.º 11.101/2005

5.1 CONSTITUCIONALISMO ECONÔMICO

Em face do acúmulo de capital decorrente da circulação de mercadorias em escala industrial, na segunda metade do século XVIII, surgiu na Inglaterra o capitalismo industrial que se alastrou pela Europa, América e Ásia, tornando flagrante a diferença econômica existente entre os detentores do capital e os assalariados. Era o triunfo do liberalismo clássico como ideologia do capitalismo, que possuía como principais características o individualismo e o egoísmo dos detentores de capital.

A escola econômica do liberalismo clássico fundava-se em quatro grandes princípios: liberdade de empresa, propriedade privada, liberdade de contratar e liberdade de câmbio.¹¹⁵

Na análise de Adam Smith, citado por Alvacir Nicz, o mercado foi concebido como a "*mão invisível*", que representava o interesse das empresas privadas, conduzindo todos a uma condição admirável. Do equilíbrio das forças privadas decorriam o equilíbrio e o progresso da economia nacional, com a abstenção da intervenção do Estado na economia, em respeito à livre concorrência.¹¹⁶

O impulso decorrente da Revolução Industrial e os ideais da Revolução Francesa – Liberdade, Igualdade e Fraternidade – acarretaram a degeneração das relações entre os empresários e seus empregados; estes, detentores da força de trabalho. Chegou-se ao cúmulo de existirem jornadas de trabalho com 14 a 16 horas diárias.

Esse cenário coincidiu com o início da fase objetiva do Direito Comercial, na qual, sob o pretexto de serem eliminados os privilégios concedidos aos comerciantes,

¹¹⁵GASTALDI, J. Petrelli. **Elementos de economia política**. São Paulo: Saraiva, 1968. p.31

¹¹⁶NICZ, Alvacir Alfredo. **A liberdade de iniciativa na constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p.1.

foram extintas as corporações de ofício, em 1791, pela *Lei Chapelier*. Era o primado da liberdade de trabalho e de comércio.

No período compreendido entre 1860 e 1900, o desenvolvimento econômico propiciou, para alguns empresários, a construção de verdadeiros impérios, acentuando ainda mais a diferença de classes. A maximização dos lucros e minimização dos custos contribuíram para a eliminação das pequenas empresas e o fortalecimento dos monopólios.

A liberdade econômica absoluta pressupõe igualdade entre as partes, fato este inexistente nas relações econômicas e de trabalho, o que gerou protestos socialistas defendendo a supressão da propriedade privada do capital e o aparecimento de uma sociedade mais justa e fraterna. O socialismo, em suas diversas espécies¹¹⁷, primava pelo ideal de que a propriedade e o controle dos meios de produção deveriam estar em mãos do Estado.

Como crítica ao liberalismo, destaque-se também a "Doutrina Social da Igreja" que condenava, entre outras práticas, a cobrança de juros exorbitantes, a usura, a não-valorização da mão-de-obra. Em 1891, o Papa Leão XIII firmou a proposta da Igreja pleiteando uma ampla reforma socioeconômica e de valorização da classe trabalhadora, por meio da publicação da Encíclica *Rerum Novarum*. Tal posicionamento foi reafirmado em 1931, com a publicação pelo Papa Pio XI da Encíclica *Quadragesimo Anno*, reconhecendo a função social do capital e

¹¹⁷As conquistas dos trabalhadores ocasionaram cisão no meio socialista, podendo-se destacar as seguintes espécies: a) socialismo de cátedra, surgido na Alemanha em 1872, no Congresso de Eisenach, e caracterizava-se por defender a intervenção do Estado para atenuar os efeitos do liberalismo econômico; b) socialismo científico, cujas bases encontravam-se definidas no Manifesto Comunista, redigido em 1848, e preconizava o afastamento do capitalismo burguês pela violência; c) socialismo utópico, surgido entre os anos 1820 e 1850, orientado por concepções utópicas para a busca de um sistema sócio-econômico ideal; d) socialismo de Estado, defendendo a intervenção direta do Estado na economia; e) socialismo corporativo que pretendia transferir ao estado a propriedade dos meios de produção, deixando para as corporações de classe a direção das indústrias; f) socialismo bolchevista preconizando a propriedade coletiva da terra e coletivização dos bens de produção e serviços.

declarando que este nada vale sem o trabalho, da mesma forma que o trabalho sem o capital.

No cenário que se instalou com a Revolução Industrial, surgiu o que se denominou constitucionalismo econômico, que reconhecia entre as funções do Estado a realização da justiça social, propondo a inclusão, em nível de norma constitucional, dos direitos trabalhistas e sociais fundamentais.

Esse novo posicionamento constitucional¹¹⁸ – constitucionalismo econômico – teve como precursoras a Constituição Mexicana de fevereiro de 1917, a Soviética de outubro de 1917 e de Weimar, aprovada em 31 de julho de 1919.

A tendência das constituições posteriores à Primeira Guerra Mundial foi deixar de regular apenas a organização política do Estado, para inserir no seu texto questões socioeconômicas.

De modo geral, as constituições passaram a orientar a organização fundamental do Estado, política, econômica, jurídica e social.

No Brasil, sob a influência da Constituição de Weimar, a Revolução de 1930 buscou estimular a consciência social. Na seqüência, a Constituição de 1934

¹¹⁸CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 3.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p.333, ao tratar da constituição Português de 1933, que tratou da matéria econômica, sobre o termo constituição econômica explicou: "[...] o termo constituição econômica em seu sentido restrito, ou seja, o conjunto de disposições constitucionais que dizem respeito à conformação da ordem fundamental da economia. A Constituição em estreita conexão com o princípio democrático [nas suas dimensões política e econômica] consagrou uma 'constituição econômica' que embora não reproduza uma 'ordem econômica' ou um 'sistema econômico' abstracto e puro é fundamentalmente caracterizada pela idéia de democratização econômica e social. Neste contexto, o âmbito de liberdade de conformação político e legislativa aparece restringida directamente pela Constituição: a política econômica e social a concretizar pelo legislador é uma política de concretização dos princípios constitucionais e não uma política totalmente livre, a coberto de uma hipotética 'neutralidade econômica' da Constituição ou de um pretenso mandato democrático de maioria parlamentar. Por outras palavras: o princípio da democracia social e econômica quer na sua configuração geral, quer nas concretizações concretas, disseminadas ao longo da Constituição, constitui um limite e um impulso para o legislador. Como limite o legislador não pode executar uma política econômica e social de sinal contrário ao imposto pelas normas constitucionais; como impulso, o princípio da democracia econômica e social exige positivamente ao legislador [e aos outros órgãos concretizadores] a prossecução de uma política em conformidade com as normas concretamente impositivas da Constituição."

inseriu em seu texto um capítulo destinado a regular a ordem econômica e social. Sobre esta influência Alvacir Nicz expõe

A Constituição não chega a ser estabelecida previamente em função da economia mas muitas vezes é condicionante, atuando direta ou indiretamente no quadro econômico subjacente, de modo a orientar e dirigir aspectos econômicos dentro do Estado.¹¹⁹

As constituições brasileiras que a seguiram¹²⁰ mantiveram a técnica adotada, estabelecendo as diretrizes e princípios aplicáveis à política social e econômica do País.

A Constituição de 1988 coloca, lado a lado, a livre iniciativa e a valorização do trabalho, dando especial relevância à dignidade da pessoa humana e aos direitos e garantias individuais. E, neste ambiente constitucional, aliado ao novo tratamento dispensado à empresa e ao empresário, individual e coletivo pelo Código Civil de 2002, chega-se à aprovação da Lei n.º 11.101/2005 – Lei de Falência e Recuperação da Empresa.

Para atingir o cerne da tese que se defende, faz-se necessário discorrer sobre a noção de princípios, ressaltando sua importância no ordenamento jurídico, para posteriormente examinar aqueles que regem a atividade econômica e os aplicáveis ao processo.

Na sua obra *Teoria do Ordenamento Jurídico*, demonstrando a necessidade um exame sistêmico, necessário à compreensão da tese que se defende, Norberto Bobbio afirma que "as normas jurídicas nunca existem isoladas, mas num contexto de normas com relações particulares entre si, que este contexto de normas costuma ser chamado de ordenamento"¹²¹. E conclui que a norma

¹¹⁹NICZ, op. cit., p.1.

¹²⁰Constituições brasileiras que seguiram o modelo das constituições econômicas: Constituição de 1937, Constituição de 1946, Constituição de 1967, Emenda Constitucional n.1, de 1969 e Constituição de 1988.

¹²¹BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Polis, 1991. p.19, 49 e 159.

fundamental é responsável pela formação de um conjunto unitário de normas. Acerca dos princípios, elucida o autor que estes podem ser expressos ou não-expressos. Os princípios não-expressos caracterizam-se como sendo

aqueles que se pode tirar por abstração das normas específicas ou pelo menos não muito gerais: são princípios ou normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo que comumente se chama espírito do sistema.

Robert Alexy, em sua obra "Teoria de Los Derechos Fundamentales", menciona que a distinção entre regras e princípios constitui a chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Ela é um marco de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e um ponto de partida para responder às perguntas sobre a possibilidade e os limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais, sendo um dos pilares da teoria de aludidos direitos. Ensina que

tanto regras como princípios são normas, pois ambos dizem o dever-ser. A distinção entre ambos é a distinção entre dois tipos de normas. Dentre os diversos critérios propostos para a sua diferenciação, cita aquele em que os princípios são normas de um grau maior de abstração, enquanto as regras possuem um grau menor de generalidade.¹²²

Entre os critérios que fazem alusão à divisão das normas em regras e princípios, o autor manifesta como correta a que entre elas aponta não só uma diferença gradual, mas também qualitativa, permitindo classificá-los com segurança.

Canotilho¹²³ aponta que os princípios representam papel fundamental no ordenamento jurídico, em face da sua importância estruturante dentro do sistema jurídico.

¹²²ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p.81, 86.

¹²³CANOTILHO, op. cit., 3.ed., p.1086.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho acerca da aplicação dos princípios faz alusão ao fato que os juristas os empregam em três sentidos, com alcances diferentes:

Num primeiro seriam supernormas, ou seja, normas (gerais ou generalíssimas) que exprimem valores e que por isso, são ponto de referência, modelo, para as regras que as desdobram. No segundo seriam standards, que se imporiam para o estabelecimento de normas específicas – ou seja, as disposições que preordenam o conteúdo da regra legal. No último, seriam generalizações, obtidas por indução a partir de normas vigentes sobre determinada ou determinadas matérias.¹²⁴

Paulo Bonavides, após exame de diversos conceitos de princípios, ressalta a conceituação formulada por Crisafulli:

A normatividade dos princípios afirmada categórica e precursoramente, nós vamos encontrá-la já nessa excelente e sólida conceituação formulada em 1952 por Crisafull: "Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais) das quais determinam, e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois estas efetivamente postas, sejam ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém".¹²⁵

Ana Paula de Barcellos, tratando da eficácia interpretativa dos princípios, menciona que ela é bastante ampla, em face da inúmeras situações abarcadas por eles, e ressalta

Isso ainda é mais nítido quando se cuida de princípios constitucionais, pois aqui estarão associadas as suas características de norma-princípio com a superioridade hierárquica da própria Constituição. Como conseqüência da eficácia interpretativa, cada norma infra-constitucional, ou mesmo constitucional, deverá ser interpretada de modo a realizar o mais amplamente possível o princípio que rege a matéria.¹²⁶

¹²⁴FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito constitucional do trabalho**: estudos em Homenagem ao Prof. Amaury Mascaro Nascimento. São Paulo: LTr, 1991. v.1. p.73.

¹²⁵CRISAFULLI, *La Costituzione e lê sue Disposizioni di Principio*. Milão, 1952. p.15. apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.257.

¹²⁶BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.82.

Luis Roberto Barroso, em alusão aos princípios constitucionais, ensina que:

Passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte disto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar a formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.¹²⁷

Assim, tendo-se a noção conceitual de princípio, passa-se a analisar os fundamentos e princípios específicos da ordem econômica indispensáveis ao desenvolvimento da presente tese.

5.2 FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA

Iniciar-se-á o exame dos dispositivos constitucionais que fundamentaram a necessidade de reforma do tratamento das falências e concordatas no Brasil invocando os dispositivos sobre a Ordem Econômica, mais especificamente aqueles contidos nos artigos 170, 173 e 174.

As diretrizes previstas pelos constituintes de 1988 para a economia nacional, encontram-se sob o título "Ordem Econômica e Financeira", e devem ser interpretadas de forma integrada aos demais dispositivos constitucionais. Sua interpretação, aplicação e execução são indissociáveis dos princípios fundamentais e dos objetivos da República. Encontra-se a ordem econômica fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa e tem o fim de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Raul Machado Horta sobre o tema expõe que:

A Ordem Econômica e Financeira não é ilha normativa apartada da Constituição. É fragmento da Constituição, em uma parte do todo constitucional e nele se

¹²⁷BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador (BA), ano I, v.1, n.6, p.20, set. 2001.

integra. A interpretação, 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 expairam 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 do Brasil. [...] A concretização dos princípios que informam a Ordem Econômica é inseparável dos Direitos e Garantias Fundamentais, que asseguram aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [Constituição Federal, artigo 5].¹²⁸

Ainda sobre a interpretação dos dispositivos que dispõem sobre a ordem econômica, Washington Peluso Albino de Souza¹²⁹ ensina:

dentre as mais destacadas correntes constitucionais de interpretação constitucional, são citadas aquelas que obedecem a uma linha "sistêmica", tomando a Constituição como um "todo", um "conjunto harmônico" de normas e princípios que modelam a ordem jurídica [...] Assim, segue-se a linha de que não se pode interpretar um dos seus dispositivos sem incluí-lo na visão de conjunto. O que nos parece importante, no caso, é não cairmos num tipo de voluntarismo do tipo corrente, como o ilimitado arbítrio dado ao juiz. Pelo contrário, os "fundamentos" que a "Constituição Econômica" apresenta não permitem que se extrapole o campo determinado da política econômica, que a interpretação deve ocupar.

Ivo Dantas¹³⁰ afirma que existem três dimensões a considerar sobre a ordem econômica: a ontológica, compreendendo os fundamentos fáticos como o trabalho, os meios de produção a livre iniciativa; a axiológica, que corresponde aos princípios que atuam como orientadores da intervenção do Estado como a soberania, a função social da propriedade, a livre concorrência; e, por fim, a teleológica, como sendo o resultado a ser alcançado com a sua intervenção.

¹²⁸HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1995. p.301

¹²⁹SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. São Paulo: Saraiva, 1999. p.240.

¹³⁰DANTAS, Ivo **Direito constitucional econômico: globalização e constitucionalismo**. Curitiba: Juruá, 2000. p.66.

O artigo 170 da Constituição Federal, dando início às diretrizes estabelecidas para a Ordem Econômica e Financeira, assim dispõe:

art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham a sua sede e administração no país.

A intervenção do Estado na economia é prevista pelas formas direta e indireta. A intervenção de forma direta, a teor do artigo 173, somente se dará em caráter excepcional, admitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. Já a intervenção indireta, dar-se-á, nos termos do artigo 174, como agente normativo e regulador, mediante o exercício das funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

A Ordem Econômica e Financeira foi tratada por intermédio de normas programáticas¹³¹, nas quais são estabelecidas diretrizes gerais, delegando ao legislador ordinário a atribuição de dar-lhes consistência.

No *caput* do artigo 170 verifica-se na fundamentação da Ordem Econômica a coexistência de preceitos do capitalismo, com preocupações sociais, demonstrando a

¹³¹BONAVIDES, op. cit., p.247. Das normas constitucionais, a programática é a que maior fragilidade apresenta, no que tange à sua eficácia e jurisdição. Para buscar o seu alcance e finalidade o método interpretativo que melhor se adequa é a análise histórico-teleológica. As normas programáticas refletem a mudança dos valores e da sociedade. "[...] a rigor a norma programática vincula comportamentos públicos futuros. Mediante disposições desse teor, o constituinte estabelece premissas destinadas, formalmente, a vincular o desdobramento da ação legislativa dos órgãos estatais e, materialmente, a regulamentar uma certa ordem de relações."

opção do constituinte de 1988. Adotaram-se princípios do capitalismo como a propriedade privada, a livre iniciativa, a liberdade de contratar e a livre concorrência e, buscando amenizar os efeitos deste sistema e da ideologia liberal clássica, foram inseridos preceitos sociais como a valorização do trabalho, a busca do pleno emprego.

5.2.1 Fundamentos da Ordem Econômica

A Constituição de 1988, em seu preâmbulo projetou um Estado Democrático de Direito, garantidor do exercício dos direitos individuais e sociais, da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Os fundamentos¹³² do Estado Democrático de Direito, estabelecidos no artigo 1.º da Constituição¹³³ em confronto com os fundamentos da Ordem Econômica, estes estabelecidos no *caput* do artigo 170 – a valorização do trabalho e a livre iniciativa –, demonstram que, embora tenha adotado uma economia capitalista, expressa pelo prestígio à livre iniciativa, não deixou de valorizar o lado humano e social. Para garantir o equilíbrio entre as forças do capital e do trabalho, foi estabelecida a intervenção moderada do Estado na ordem econômica.

Eros Grau¹³⁴, em análise ao *caput* do artigo 170, menciona que a sua redação deveria ser a seguinte:

¹³²PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v.2. p.724. "FUNDAMENTO. Do latim *fundamentum* (firmeza, fortalecimento), é palavra que se aplica no mesmo sentido de base ou *razão*, em que se firmam as coisas ou em que se justificam as ações. O fundamento, pois, em relação às coisas, mostra-se a própria razão de ser delas. E em relação às ações o motivo que as legitima."

¹³³BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. art. 1.º - "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho; V - o pluralismo político.

¹³⁴GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1997. p.47-48.

art. 170 - As relações econômicas deverão ser (estar) fundadas na valorização de trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim delas, relações econômicas ou atividades econômicas) assegurar existência digna conforme os ditames da justiça social...

Para ele, a ordem econômica do mundo do dever ser não se esgota no nível constitucional; ela é implementada pela legislação infraconstitucional. E deve ser interpretada em consonância com o inciso III do artigo 1.º (dignidade da pessoa humana) e ainda complementada com os fundamentos da República Federativa do Brasil, enunciados no artigo 3.º¹³⁵, objetivando assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Uadi Lammego Bulos¹³⁶ afirma que a expressão ordem econômica fundada na valorização do trabalho do homem e na livre iniciativa significa que:

- a) o constituinte prestigiou uma economia de mercado, de cunho capitalista;
- b) mesmo capitalista, a ordem econômica deve priorizar o labor humano como valor constitucional supremo em relação aos demais valores integrantes da economia de mercado;
- c) a intervenção do Estado na economia deve atentar para a dignidade da pessoa humana, fundamento não só da ordem econômica, mas da República Federativa do Brasil como um todo.

O ordenamento jurídico brasileiro vincula-se ao princípio da supremacia das normas constitucionais e a Constituição prestigiou normas como as relativas à propriedade privada, valorização do trabalho, livre iniciativa, função social e dignidade da pessoa humana, como princípios regentes do sistema de valoração. Nessa linha

¹³⁵BRASIL. **Constituição Federal de 1988** – "art. 3.º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

¹³⁶BULOS, Uadi Lammego. **Constituição federal anotada**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p.109.

de raciocínio, Gomes Canotilho¹³⁷ ensinou que os princípios possuem um papel fundamental, devido a sua importância estruturante no ordenamento jurídico.

José Afonso da Silva¹³⁸ classifica os princípios da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e da livre iniciativa como princípios político-constitucionais cuja diretriz permeia não apenas o texto constitucional, mas a legislação infraconstitucional.

Valorização do Trabalho Humano - O Código Civil Brasileiro de 1916¹³⁹ refletia o posicionamento da época, quando o trabalho era tratado apenas do ponto de vista contratual, decorrente do prestígio ao princípio da igualdade, desconsiderando as diferenças sociais e econômicas existentes entre as partes. A Emenda Constitucional de 07 de outubro de 1926 à Constituição do Império introduziu a proteção aos direitos sociais, ao lado da proteção aos direitos individuais do homem. A valorização do trabalho passou a fazer parte da ordem jurídico-constitucional brasileira a partir da Constituição de 1934.

¹³⁷CANOTILHO, op. cit., 3.ed., p.1086.

¹³⁸SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.97 " Princípios político constitucionais – constituem daquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, e são, segundo Carnelutti, normas-princípio, isto é, ' normas fundamentais que derivam logicamente (e em que portanto já se manifestam implicitamente) as normas particulares relações específicas da vida social. [...] São esses princípios fundamentais que constituem a matéria dos artigos 1.º a 4.º do Título I da Constituição [...]"

¹³⁹BEVILAQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1953. v.4. p.398. Em comentários ao artigo 1216 do Código Civil de 1916, esclarece: "Observações: i. Sob a denominação genérica de locação de serviços (*locatio operarum*), compreende o Código Civil uma grande variedade de prestação de trabalho humano. É o contrato pelo qual uma pessoa se obriga a prestar certos serviços a uma outra, mediante remuneração. Compreende várias espécies: o trabalho dos operários urbanos e rurais; dos artistas mecânicos e liberais; dos empregados do comércio e dos profissionais como professores, médicos, advogados (abstraindo do mandato); a recovagem, barcagem, a albergaria, e outras. Em todos esses casos, há locação de atividade, de trabalhos, de serviço; [...]"

Alexandre Morais¹⁴⁰ alerta em sua obra *Direito Constitucional* que o princípio da valorização do trabalho não se refere somente ao trabalho subordinado, decorrente do vínculo empregatício, mas também ao desenvolvido pelos autônomos, pelos trabalhadores informais, pelos empregadores como empreendedores do crescimento do País.

A vinculação da valorização do trabalho humano à dignidade da pessoa humana torna-se necessária diante da realidade brasileira, a qual exhibe a exploração do trabalho "escravo", do trabalho infantil, da ausência de segurança e proteção no desenvolvimento de determinadas atividades. A conjugação desses princípios se traduz no oferecimento de condições dignas para o desenvolvimento do trabalho, tais como ambiente saudável, equipamentos de segurança, remuneração condizente que possibilite suprir as necessidades do trabalhador e de seus dependentes.

Livre Iniciativa - A história do pensamento econômico demonstra que a liberdade econômica já se encontrava presente na Escola Fisiocrata de François Quesnay (1758), sendo prestigiada no liberalismo econômico de Adam Smith, com adoção dos princípios do *laissez faire, laissez-passer*.

As Constituições posteriores à Revolução Francesa, influenciadas pelo seu ideal de liberdade, deram destaque à liberdade, inclusive a econômica. Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁴¹ relaciona a origem da livre iniciativa nos direitos individuais consagrados no artigo 5.º da Constituição brasileira, relacionando-o com o princípio da liberdade de associação, de profissão e de trabalho. Dessa forma, justifica o reconhecimento do princípio da livre iniciativa como sendo o primeiro a reger a ordem econômica. Na Encíclica *Mater et Magistra*, do Papa João XXIII, existe a recomendação da atuação supletiva do Estado em relação à economia, com o objetivo

¹⁴⁰MORAIS, Alexandre. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 1997. p.105.

¹⁴¹FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 17.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1989.

de não limitar a livre iniciativa dos particulares, mas ao contrário, ampará-la a tal ponto que garantam e protejam os direitos individuais.

Ao adotar ao princípio da livre iniciativa, a Constituição vigente se acautelou estabelecendo a intervenção moderada do Estado na economia. A atuação direta só é admitida em caráter excepcional, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Ademais, reservou ao Estado a posição de agente normativo e regulador da atividade econômica, cuja função deve ser exercida mediante a fiscalização, o incentivo e o planejamento.

Tem-se, então, que a livre iniciativa consiste em assegurar a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização governamental, salvo nos casos previstos em lei.

Finalidade da Ordem Econômica - A função teleológica da ordem econômica é assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social, reduzindo as desigualdades e possíveis injustiças do capitalismo. Equilíbrio entre os princípios da livre iniciativa (decorrente do capitalismo) e da valorização do trabalho (expressão do socialismo) deve-se dar na preservação da dignidade da pessoa humana.¹⁴²

Ao prestigiar a livre iniciativa, a Constituição de 1988 valorizou a participação dos particulares no desenvolvimento das atividades econômicas, reservando para a exploração direta pelo Estado apenas quando se configurar a necessidade de imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definido em lei. Desta forma a valorização do trabalho, aqui considerada, abrange não apenas o trabalho subordinado, com vínculo empregatício, mas também o trabalho informal e o desenvolvido pelos empreendedores.

A afirmação de que o equilíbrio entre o capital e o social encontra-se na observância da dignidade da pessoa humana torna-se de difícil de materialização, considerando ser a dignidade um conceito aberto que comporta inúmeras considerações.

¹⁴²SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. Na obra citada, o autor aponta a dignidade da pessoa humana como valor intrínseco do pensamento clássico do ideário cristão. Em sentido contrário, negando a fundamentação religiosa ou metafísica, Marx, Ponty e Skinner.

Para Cretella Júnior¹⁴³, as condições ideais para uma existência digna devem ser garantidas pelo Estado, não apenas aos seus funcionários, mas igualmente a todos os trabalhadores, ativos e inativos, aos presidiários, desempregados, mendigos e abandonados, como forma de observância da justiça social.

Ao especificar o significado de dignidade e justiça social, Messner afirma que

o significado de bem comum consiste na possibilidade dos indivíduos, mediante a vinculação social, cumprirem graças às suas energias e sob a sua própria responsabilidade, as missões vitais traçadas aos membros da sociedade pelos fins existenciais.¹⁴⁴

Da análise procedida da finalidade e dos fundamentos do Estado democrático de Direito e por consequência da Ordem econômica, evidencia-se que o Estado existe e deve estar a serviço das pessoas e não estas para servi-lo.

5.2.2 Princípios da Ordem Econômica enumerados no artigo 170 da Constituição Federal de 1988

A interpretação dos dispositivos relativos à Ordem Econômica e Financeira não pode considerá-los de forma isolada e sim analisar a Constituição em sua totalidade e tais dispositivos como parte deste sistema. Por essa razão, existem princípios inseridos em outros títulos que são igualmente aplicáveis e, na hipótese de oposição entre eles, deverão prevalecer os fundamentos e a ideologia estabelecida na sua valoração.

Soberania nacional - José Afonso da Silva¹⁴⁵ menciona que no artigo 1.º da Constituição se encontra consagrado o princípio da soberania nacional, enquanto

¹⁴³CRETELLA JUNIOR, José. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.224-5.

¹⁴⁴MESSNER, Johannes. **Ética social**. São Paulo: Quadrante, 197?. (adquirido pela Biblioteca PUCPR em 1987).

¹⁴⁵SILVA, op. cit., p.770.

no artigo 4.º, o da sua independência, em relação à ordem internacional e, no artigo 170 "declara, que a soberania nacional é um dos princípios da ordem econômica, isso terá de ter conseqüências específicas nesse campo. Tratar-se-á de soberania nacional econômica". Os constituintes confiaram à burguesia nacional a tarefa de romper a sua dependência em relação aos centros capitalistas desenvolvidos. "Vale dizer, o constituinte de 1988, não rompeu com o sistema capitalista, mas quis que se formasse um capitalismo nacional autônomo, isto é, não dependente".

Propriedade privada – Em análise da evolução do tratamento dispensado à propriedade privada no Brasil, verifica-se que o Código Civil de 1916, de influência romanista e seguindo a tendência do Código Civil Francês de 1807 e das declarações dos séculos XVIII e XIX, em seu artigo 524 garantia o direito de propriedade como direito subjetivo, que se traduzia na faculdade de usar, gozar e dispor da coisa e reavê-la de quem quer que injustamente a possua. Como direito subjetivo, Caio Mário da Silva Pereira¹⁴⁶ identifica como "um poder do seu titular, sugere de pronto a idéia de um dever a ser prestado por outra pessoa" e destaca três elementos essenciais que o compõem: "sujeito, objeto e relação jurídica". O sujeito é identificado como a pessoa natural ou jurídica a quem se atribui a faculdade de agir; o objeto, caracteriza-se como o bem jurídico sobre o qual é exercido o poder conferido pela ordem legal. O autor citado considera objeto "tudo o que tenha existência fora do homem ainda que independentemente de materialização"; e a relação jurídica é o vínculo que impõe a submissão do objeto ao sujeito.

O titular do direito de propriedade (sujeito ativo), a quem o objeto se encontra subordinado, estabelece a relação jurídica com a generalidade de pessoas, que têm o dever jurídico de não violá-la.

Ainda Caio Mário da Silva Pereira¹⁴⁷ ensina que os direitos subjetivos classificam-se em absolutos e relativos. Os absolutos são oponíveis *erga omnes* e

¹⁴⁶PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v.1. p.19.

¹⁴⁷PEREIRA, **Instituições de direito civil**, p.30.

deles decorrem deveres jurídicos que devem ser observados por todos os indivíduos. Nesse sentido, enquadra-se o direito de propriedade, que embora com caráter absoluto, o seu exercício é delimitado pela norma jurídica. O uso da propriedade está delimitado ao bem-estar social.

Izabel Vaz¹⁴⁸, ao tratar do direito de propriedade, menciona que o objeto, identificado como "coisa", pode ser representado por tudo o que for suscetível de apropriação pelas pessoas, desde que seja uma entidade econômica autônoma.

Fábio Konder Comparato¹⁴⁹, sobre o tema, expõe:

o direito burguês, oriundo da revolução francesa, decretou o caráter unitário e absoluto da propriedade (*'le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue'*, segundo a célebre definição do código de napoleão), abolindo os desdobramentos reais do direito feudal. mas, na verdade, como já se advertiu, o que se procurou suprimir foi o domínio eminente – a propriedade estática – e tornar absoluto o domínio útil, a propriedade dinâmica dos que, efetivamente, cultivavam a terra e possuíam os instrumentos de trabalho. no conflito de interesses relativo sobre o direito de mera fruição.

O direito de propriedade, garantido entre os direitos individuais¹⁵⁰ encontra-se incluído também como princípio da ordem econômica, sempre subordinado ao cumprimento da sua função social. Isto significa que, mesmo classificado como direito subjetivo, o direito de propriedade possui vários limites e obrigações a serem observadas, evitando prejuízos a terceiros.

A evolução do direito de propriedade afastou o cerne do seu ordenamento do Código Civil, constituindo microssistemas unidos por um conjunto de princípios

¹⁴⁸VAZ, Izabel. **Direito econômico das propriedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.312-313.

¹⁴⁹COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial**: estudos e pareceres. 1.ed., 2.^a tiragem. São Paulo: Saraiva, 1985. p.98.

¹⁵⁰BRASIL. **Constituição Federal de 1988** – art. 5.^o, XXII.

centrados na valorização do indivíduo, pela proteção dada pelas regras constitucionais, fazendo surgir um direito civil constitucional¹⁵¹.

Sobre o direito de propriedade, do ponto de vista constitucional, Silvio Rodrigues¹⁵² alerta que, embora o fenômeno jurídico seja um só, ele pode ser observado sob diversos ângulos. Na perspectiva do conjunto de normas que a todos dirige e a todos vincula, tem-se o direito objetivo (norma *agendi*). Entretanto, examinado sob a perspectiva das prerrogativas que decorrem da norma para o indivíduo, tem-se o direito subjetivo (*facultas agendi*):

A Constituição garante o direito de propriedade e o princípio que o consagra é preceito de direito objetivo. Ele se dirige indistintamente a todos, como norma objetiva. A prerrogativa que dele decorre, norma, para o titular do domínio, de invocar a defesa de seu interesse, é o direito subjetivo de proprietário.

O Código Civil Brasileiro de 2002, em seu artigo 1128 e seus §§ 1.º e 2.º, demonstra a nova consideração do direito de propriedade, subordinado ao cumprimento de sua função:

art. 1128 - O proprietário tem a faculdade de usar gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1.º - O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2.º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

Para melhor encaminhamento do tema, convém mencionar a classificação da propriedade em estática e dinâmica. A primeira é aquela que proporciona ao seu titular os benefícios decorrentes de sua natureza, independente de qualquer atuação

¹⁵¹GODOY, Luciano de Souza. **Direito agrário constitucional**: o regime da propriedade. São Paulo: Atlas, 1998. p.32-33.

¹⁵²RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2000. p.7.

econômica. Já a propriedade dinâmica encontra-se em constante mutação, continuamente utilizada. Izabel Vaz¹⁵³ ensina que as propriedades dinâmicas são mencionadas na atual Constituição como "atividades econômicas", no título que disciplina a sua dinamização (art. 170) e como "titulares" desse direito refere-se aos "sujeitos" para os quais a ordem jurídico-econômica permite a exploração da atividade. Os direitos reconhecidos ao titular da atividade econômica consistem, no sentido aqui empregado, na faculdade de reunir e organizar capital, trabalho, tecnologia dinamizando-os para a produção de bens e serviços.

A autora citada¹⁵⁴ concebe o aspecto dinâmico das propriedades na idéia de ação, de atividade econômica organizada, podendo ser exercida diretamente sobre a natureza, como as atividades agrícolas, extrativas ou pastoris, no chamado "setor primário de produção". Num setor intermediário, aponta o que denomina "setores industriais de transformação", envolvendo entre outros, produtores de máquinas e equipamentos, indústria têxtil e siderurgia (setor secundário). Aponta, ainda, em etapa mais desenvolvida, as atividades produtoras de bens mais sofisticados, com tecnologias nacionais ou estrangeiras, como os serviços de automação, computadores, aparelhos médicos, aos quais corresponde a criação de novos bens de produção ou de produtos, serviços ou bens de consumo. Estabelece que o "núcleo por excelência das propriedades dinâmicas é a empresa".

Função social da propriedade - A Doutrina Social da Igreja, baseada no pensamento de Santo Thomas de Aquino e expressa nas Encíclicas *Rerum Novarum* e *Quadragesimo Anno*, considerava a propriedade privada como um direito natural, no entanto, ressaltava a sua função social, sendo que seu uso não poderia contrariar o bem comum. Para atingir este objetivo, recomendava a intervenção do Estado na economia, com a finalidade de coibir os abusos. A função social da propriedade foi traduzida como a prevalência do interesse público sobre o particular.

¹⁵³VAZ, op. cit., p.314.

¹⁵⁴VAZ, op. cit., p.333.

Eros Grau¹⁵⁵ salienta que a inclusão da garantia do direito de propriedade e da sua função social no capítulo reservado aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos vinculou-a como um direito individual, um instrumento apto a garantir o direito de subsistência individual e familiar, pressuposto da dignidade da pessoa humana. Já a propriedade assim prevista deve diferir da afetada em suas raízes pela função social.

Izabel Vaz¹⁵⁶ discorda da posição adotada por Eros Grau, na consideração da propriedade, do ponto de vista constitucional:

[...] Sempre que a Constituição em vigor se refere à garantia da propriedade privada, e se o faz de modo genérico, deve referir-se ao que Eros Grau denomina 'aspecto estático', v.g. no art. 5.º, caput e no seu inciso XXII, ela o faz com a menção imediata ao princípio a função social. Da mesma forma, ao referir-se às atividades econômicas (art. 170) e seguintes, insere logo após o princípio da propriedade privada (inciso II), o da sua função social (inciso III). A partir desses dispositivos, acreditamos poder discordar da afirmativa de Eros Grau de que apenas a propriedade em seu aspecto estático configuraria um direito subjetivo. Pois a titularidade da propriedade em seu aspecto dinâmico, utilizada no exercício de uma atividade econômica, tal qual referida no artigo 170 e seu inciso II, pode também conferir as prerrogativas de mantê-la a salvo de qualquer pretensão alheia, ou como ensina o Direito Civil, de reivindicá-la de quem injustamente a detenha.

Sobre a natureza do direito de propriedade, sob o enfoque de sua função social, José Afonso da Silva¹⁵⁷ expõe

[...] que o princípio da função social não autoriza a suprimir, por via legislativa, a instituição da propriedade privada. Contudo parece-nos que pode fundamentar até mesmo a socialização de algum tipo de propriedade, onde precisamente isso se torne necessário à realização do princípio, que se impõe acima do interesse individual. Por isso é que se conclui que o direito de propriedade (dos meios de produção especialmente) não pode mais ser tido como um direito individual. A inserção do princípio da função social, sem impedir a existência da instituição, modifica a sua natureza, pelo

¹⁵⁵GRAU, op. cit., p.128.

¹⁵⁶VAZ, op. cit., p.331.

¹⁵⁷SILVA, op. cit., p.287.

que, como já dissemos, deveria ser prevista apenas como instituição de direito econômico.

E, especificamente, sobre a função social da empresa é a seguinte a posição de José Afonso da Silva, em comentário à posição adotada por Eros Grau:¹⁵⁸

[...] O conteúdo do artigo 5.º, XXII, segundo o qual a propriedade atenderá a sua função social. Isto aplicado ali, à propriedade em geral significa estender-se a todo e qualquer tipo de propriedade. O artigo 170, III, ao ter a função social como um dos princípios da ordem econômica, reforça essa tese, mas a principal importância disso está na sua compreensão como um dos instrumentos destinados à realização da existência digna de todos e da justiça social. Correlacionando essa compreensão com a valorização do trabalho humano (art. 170 caput), a defesa do consumidor (art. 170 V), a defesa do meio ambiente (art. 170, VI), a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170 VII), e a busca do pleno emprego (art. 170 VIII), tem-se configurada a sua direta implicação com a propriedade dos bens de produção, especialmente imputada à empresa pela qual se realiza e efetiva o poder econômico, o poder de dominação empresarial [...] O princípio da função social da propriedade, para logo se vê, ganha substancialidade precisamente quando aplicado à propriedade dos bens de produção, ou seja, na disciplina jurídica da propriedade de tais bens. Cita ainda que, Eros Graucé do mesmo sentir implementada sob compromisso com a sua destinação. A propriedade sobre a qual em maior intensidade reflete os efeitos do princípio é justamente a propriedade dinâmica, dos bens de produção. Na verdade, se nos referirmos a função social dos bens de produção em dinamismo, estamos a aludir à função social da empresa.

O princípio da função social aplica-se não apenas aos bens imóveis, mas igualmente aos bens de produção, que em última análise corresponde à empresa, entretanto, inexistem parâmetros legais que lhes sirvam de indicativos. Orlando Gomes menciona que a função social "[...] continua, pois, a ser um conceito indeterminado, mas como contraste da propriedade privada contemporânea dos bens de produção".¹⁵⁹

Livre concorrência - A liberdade de concorrência, segundo Orlando Gomes, consiste na:

prerrogativa que têm os agentes econômicos atuantes no mercado de adotar todas as iniciativas lícitas que lhes estiverem disponíveis para cooptar a

¹⁵⁸SILVA, op. cit., p.792.

¹⁵⁹GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.112.

clientela.[...] é manifestação natural de uma economia de mercado, sendo salutar e esperado que as empresas conorram entre si, forçando umas às outras a um constante aprimoramento de seus métodos organizacionais e produtivos, à redução de seus custos e a uma busca permanente pela melhora das condições oferecidas aos consumidores.¹⁶⁰

Alfredo de Assis Gonçalves Neto¹⁶¹ ensina que:

Num ambiente de **livre iniciativa** e de **defesa dos interesses do consumidor**, como determinado pela Constituição, os empresários optam a seu talante, pelas estratégias que irão adotar na busca desse objetivo. Do mesmo modo, os destinatários de suas atividades devem possuir ampla liberdade de escolher com quem contratar.

Mas essa liberdade não é ilimitada, anárquica nem arbitrária. Como ocorre com a própria liberdade individual de qualquer cidadão no seio da sociedade civil organizada (que termina onde começa a do outro), a liberdade de que se trata há de sofrer limitações necessárias para que possa ser compartilhada por todos os competidores em igualdade de condições e usufruída pelos consumidores na construção de uma sociedade " livre, justa e solidária."

Infraconstitucionalmente, a concorrência encontra-se regulada pela Lei n.º 8.884, de 1994, conhecida como Lei Antitruste, a qual busca coibir as práticas abusivas. Nela são estruturados os órgãos governamentais responsáveis pela sua efetivação: SDE (Secretaria de Desenvolvimento Econômico) e o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica).

O primeiro – SDE – é um órgão integrante do Ministério da Justiça que, dentre outras funções, possui a de fiscalização das atividades econômicas desenvolvidas pelos detentores de posição dominante no mercado relevante. Já o CADE, estruturado sob a forma de autarquia, integrante do Ministério da Justiça, possui função judicante, funcionando nos moldes de um tribunal administrativo.

Modesto Carvalhosa,¹⁶² na obra citada, refere-se ao repúdio pelo direito, de duas formas de violação à livre concorrência. A primeira, concorrência desleal,

¹⁶⁰CARVALHOSA, **Comentário ao código civil...**, p.649.

¹⁶¹GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Manual de direito comercial**. Curitiba: Juruá, 2000. p.229.

¹⁶²CARVALHOSA, **Comentário ao código civil...**, p.649 e segs.

envolvendo o âmbito civil e penal e a relativa ao trespasse, combatida apenas no âmbito civil. Estas não comprometem as estruturas da livre concorrência, por não afetarem, inicialmente, outros agentes econômicos. A outra espécie de conduta "anticoncorrência", apurada e reprimida também no âmbito administrativo, por meio de entidades reguladas pela Lei n.º 8.884, de 1994 é a chamada infração à ordem econômica, pois compromete as estruturas da livre concorrência. Ambas têm como objeto a tutela do direito do empresário à clientela.

Defesa do consumidor - A proteção ao consumidor encontra-se regulada pela Lei n.º 8.078 de 11 de setembro de 1990, que além garantir aos consumidores o respeito à vida, à saúde, enfim, à sua dignidade, serve para orientação dos fornecedores na criação de meios eficazes de controle de qualidade e eficiência de seus produtos e serviços.

José Afonso da Silva acresce ao princípio da defesa do consumidor os da defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego, denominando-os "princípios de integração, porque todos estão dirigidos a resolver problemas resultantes da marginalização regional ou social".¹⁶³

Defesa do meio ambiente - Pinto Ferreira¹⁶⁴, analisando a situação do mundo e os problemas ambientais, expõe:

O Planeta Terra constitui um mundo ambiental em que se desenvolve a empresa da civilização humana. A Humanidade existe há muito tempo usufruindo dos recursos naturais do mundo em que vive, dos quais vêm-se aproveitando de milênios. Até a presente data calcula-se que já existiram 81 bilhões de pessoas, e é importante que cada povo realize um desenvolvimento sustentável para permitir o equilíbrio ecológico. Evidentemente há um desgaste dos recursos naturais, e, assim se deve fazer um melhor aproveitamento daquilo que a Natureza oferece ao homem. O homem surgiu como um instrumento impertinente na grandeza do mundo ambiental, que cada dia se torna menor, inclusive porque ele é também um grande predador.

¹⁶³SILVA, op. cit., p.774.

¹⁶⁴PINTO FERREIRA. O meio ambiente e a defesa da Amazônia. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willeis Santiago (Coord.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p.201

A Constituição de 1988 destinou um Capítulo à proteção do meio ambiente, tido como quarta geração de direitos fundamentais e, em seu art. 225, estabelece que:

Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Redução das desigualdades regionais e sociais - A análise dos princípios constitucionais nos leva a considerar que seu objetivo primordial é a transformação da realidade brasileira, procurando ressaltar o cunho social, o qual deverá ser atingido mediante a realização de políticas públicas, de caráter positivo.

Gilberto Bercovici¹⁶⁵expõe que:

As políticas públicas podem ser controladas, assim, não apenas em seus aspectos de legalidade formal, mas também no tocante à sua adequação de conteúdo e aos fins da Constituição, que são, entre outros, fundamentalmente os fixados no art. 3.º. A redução das desigualdades regionais é um imperativo que deve permear todas as políticas públicas propostas e executadas no Brasil. [...]

A Constituição de 1988 demonstrou clara preocupação com a promoção do desenvolvimento equilibrado, buscando a diminuição das disparidades regionais. O art. 3.º determina um inequívoco programa de atuação para o Estado e a Sociedade Brasileiros, determinando o sentido e conteúdo de políticas públicas que, se implementadas, consubstanciariam uma real ruptura com as atuais estruturas sociais e econômicas. Transformação, esta, que seria completada, na questão dos desequilíbrios regionais, com o Federalismo Regional. Este é o significado de a redução das desigualdades regionais estar consagrada entre os objetivos da República, [...]

Busca do pleno emprego - Em consonância com um dos fundamentos da ordem econômica – o da valorização do trabalho –, este princípio demonstra a opção por uma política não recessiva. Não leva em conta apenas a oferta de postos de trabalho, mas também a qualidade das condições de trabalho ofertadas, capazes de propiciar aos trabalhadores e seus dependentes condições de vida digna.

¹⁶⁵BERCOVICI, Gilberto. Constituição e superação das desigualdades regionais. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p.103.

Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país - Em reforço a este princípio, encontra-se no artigo 179 a determinação de que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensem às microempresas e empresas de pequeno porte tratamento jurídico diferenciado, buscando a simplificação, eliminação ou redução de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias.

Nesse sentido, encontramos o sistema de tributação conhecido como SIMPLES, o Estatuto das Micro e Pequenas Empresas. E, por fim, a Lei n.º 11.101 de 2005, que ao tratar da falência e recuperação de empresas, destinou um "plano especial" para a recuperação judicial das mesmas, abrangendo apenas os credores quirografários. O plano deverá prever parcelamento em até trinta e seis parcelas mensais, iguais e sucessivas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de 12% a.a. (doze por cento ao ano), possuindo uma carência para início dos pagamentos de 180 (cento e oitenta) dias, contado da distribuição do pedido de recuperação judicial. (art. 70 da Lei nº 11.101/2005)

Com a proposta do novo modelo econômico pela Constituição de 1988, o Decreto-lei n.º 7.661 de 1945 distanciou-se ainda mais da realidade à qual ele deveria ser aplicado. O decreto criado para solucionar pendências relativas à esfera privada, via-se diante de uma ordem constitucional, voltada para a preservação da empresa, como forma de cumprimento da função social da propriedade dos bens de produção. Aliada à reforma constitucional, foi aprovada a lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002, traçando novos contornos à atividade empresária.

5.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO PROCESSO

A Lei n.º 11.101/2005, ao lado das normas que dispõem sobre o direito material, trata também da parte processual aplicável aos processos de falência e de recuperação de empresas, e, em seu artigo 189, faz a previsão da aplicação subsidiária dos dispositivos do Código de Processo Civil, naquilo que couber e onde houver

omissões da lei específica. Diante desta natureza híbrida da Lei citada, fazem-se necessárias algumas considerações acerca de institutos básicos de Direito Processual, tais como, lide, ação, jurisdição, processo e procedimento, para posteriormente embasar, inclusive, em questões conceituais a proposta da presente tese.

Inicialmente, cabe ressaltar que, quando dois ou mais indivíduos possuam interesses contrapostos em relação a um bem, e houver resistência de uma das partes em relação à outra, tem-se um litígio ou lide. Na expressão de Moacyr Amaral Santos, lide "é o conflito de interesses qualificado por uma pretensão jurídica".¹⁶⁶

Carnelutti propõe uma definição de lide no artigo 87 de seu projeto de código de processo civil, por entendê-la completa, e diz que "existe lide quando um pretende a tutela de um interesse seu em contraste com o interesse de outro e é resistido mediante a lesão do interesse ou da discussão da pretensão".¹⁶⁷

A composição de aludidos conflitos de interesses é atividade exercida pelo Estado, em face de sua função jurisdicional. Para Humberto Theodoro Junior, "A jurisdição como poder ou função estatal, é una e abrange todos os litígios que se possam instaurar em torno de quaisquer assuntos de direito."¹⁶⁸ Cintra, Grinover e Dinamarco expressam que a função jurisdicional caracteriza-se "como a capacidade que o estado tem, de decidir imperativamente e impor decisões".¹⁶⁹ Este serviço estatal é buscado por meio do "direito de ação", que para os autores antes citados, "é o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício)

¹⁶⁶AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1977. v.1. p.8.

¹⁶⁷CARNELUTTI, Francesco. **Estudios de Derecho Procesal**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1952. v.2. p.13.

¹⁶⁸THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 37.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v.1. p.34.

¹⁶⁹CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.24.

Mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce através daquele complexo de atos que é o processo".¹⁷⁰

Em complementação a esses conceitos básicos, apresentam-se, nas palavras de Humberto Theodoro Junior, os conceitos de processo e procedimento.

Para exercer a função jurisdicional, o Estado cria órgãos especializados. Mas estes órgãos encarregados da jurisdição não podem atuar discricionária ou livremente, dada a própria natureza da atividade que lhes compete. Subordinam-se, por isso mesmo, a um método ou sistema de atuação, que vem a ser o processo.

Entre o pedido da parte e o provimento jurisdicional se impõe a prática de uma série de atos que formam o procedimento judicial (isto é, a forma de agir em juízo), cujo conteúdo sistemático é o processo.

[...] Enquanto processo é uma unidade, como relação processual em busca da prestação jurisdicional, o procedimento é a exteriorização dessa relação e, por isso, pode assumir diversas feições ou modos de ser.

E conclui que, "Procedimento é destarte, sinônimo de rito do processo, ou seja, "o modo e a forma por que se movem os atos no processo".¹⁷¹

Feitas as considerações iniciais sobre lide, jurisdição, ação, processo e procedimento, serão tratados alguns princípios constitucionais que regem a função jurisdicional do Estado, na busca da solução dos conflitos instalados e que não são observados no procedimento da recuperação judicial da empresa. José Cretela Neto tratando dos chamados princípios jurídico-constitucionais, de natureza processual, menciona que eles foram incluídos em diversos artigos da Constituição Federal, e estabelece o seu rol:

- princípio da ampla defesa
- princípio do contraditório
- princípio da igualdade das partes perante a lei
- princípio da imparcialidade do juiz
- princípio do duplo grau de jurisdição
- princípio da motivação das decisões judiciais
- princípio da publicidade do processo e dos atos processuais

¹⁷⁰CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, op. cit., p.247.

¹⁷¹THEODORO JUNIOR, op. cit., p.40 e 292.

Cretella Neto, em complementação à enumeração dos princípios constitucionais, expõe:

As regras existentes na Constituição Federal, que enunciam os princípios processuais, destinam-se estabelecer garantias para o processo, e não estão limitadas aos diversos incisos do art. 5.º, também no capítulo reservado ao Poder Judiciário encontram-se diversos dispositivos relacionados diretamente com o bom desenvolvimento do processo, tais como as garantias asseguradas aos juizes e aos tribunais (arts. 95 e 96), bem como o dever de motivação e a publicidade dos atos processuais (art. 93), [...]¹⁷²

Na seqüência serão examinados alguns princípios constitucionais relativos ao processo, que serão de extrema valia para as conclusões da tese apresentada. Antecedendo ao exame dos princípios específicos do processo, o autor acima citado, faz menção ao princípio inserido no artigo 5.º, XXXV da Constituição Federal, da **inafastabilidade do controle jurisdicional ou do direito de ação**. Para ele, este princípio antecede os princípios processuais, por dirigir-se ao legislador, "porque é regra que se efetiva em momento anterior ao processo".¹⁷³

Para Vicente Greco Filho, este princípio "dirige-se diretamente ao legislador ordinário e, conseqüentemente, a todos os atos, normativos ou não, que possam impedir o exercício do direito de ação".¹⁷⁴

Ruy Portanova menciona que o **princípio do devido processo legal** "é uma garantia do cidadão. Garantia constitucionalmente prevista que assegura tanto o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário como o desenvolvimento processual de acordo com as normas previamente estabelecidas".¹⁷⁵

¹⁷²CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.38

¹⁷³CRETELLA NETO, op. cit., p.39.

¹⁷⁴GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1. p.41.

¹⁷⁵PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.145.

Para José Cretela Neto, o devido processo legal não se vincula unicamente à observância do procedimento legal:

No Estado de Direito, a elaboração da lei deve obedecer a critérios que atendam ao senso de justiça e aos preceitos constitucionais de aplicação da norma pelo Poder Judiciário, possibilitada via do processo. De um lado, o Estado enuncia o Direito por meio de ato normativo geral e vinculativo; de outro cabe-lhe solucionar as controvérsias geradas pelas normas que promulga, ou pela diversidade de interpretação delas. É precisamente a conjugação desses fatores – a lei elaborada de forma regular, correta e razoável, e sua aplicação por um Poder Judiciário independente, utilizando mecanismo em que as partes são colocadas em pé de igualdade quanto às oportunidades que lhes são oferecidas (ampla defesa, contraditório, juiz natural) – que remete ao conceito de processo justo.

[...]

O conceito de *due process of law* não se restringe, portanto, a mera garantia das formas processuais preconizadas pela Constituição mas à própria substância do processo, que permite a efetiva aplicação das leis.[...] ¹⁷⁶

Nesse sentido, igualmente Rui Portanova, na obra anteriormente citada, ressalta que

O princípio nasceu com a preocupação de garantir ao cidadão um processo ordenado. Hoje o objetivo é maior. Adaptado à instrumentalidade, o processo legal é devido quando se preocupa com a adequação substantiva do direito em debate, com a dignidade das partes, com preocupações não só individualistas e particulares, mas coletivas e difusas, com, enfim, a efetiva igualização das partes no debate judicial. ¹⁷⁷

Humberto Theodoro Junior afirma que o *due process law* exerce a função de um

superprincípio, coordenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento. Inspira e torna realizável a proporcionalidade e a razoabilidade que deve prevalecer na vigência e harmonização de todos os princípios de direito processual [...] ¹⁷⁸

¹⁷⁶CRETELLA NETO, op. cit., p.42/3.

¹⁷⁷PORTANOVA, op. cit., p.147.

¹⁷⁸THEODORO JUNIOR, op. cit., p.23.

Nelson Neri Junior sobre o princípio do devido processo legal ensina que ele se caracteriza pelo

trinômio vida-liberdade-propriedade, vale dizer. tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico. Tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção do due process clause.¹⁷⁹

Citado autor ressalta, além das características do devido processo legal em sentido genérico, o sentido material e o sentido formal, que caracteriza como sendo:

O conceito de devido processo legal foi se modificando no tempo, sendo que a doutrina e a jurisprudência, alargaram o âmbito de abrangência da clausula, de sorte a permitir interpretação elástica, o mais amplamente possível, em nome dos direitos fundamentais do cidadão.

[...]

No direito privado prevalece o princípio da autonomia da vontade com a conseqüente liberdade de contratar, de realizar negócios e praticar alguns atos jurídicos. Podem ser praticados quaisquer atos, mesmo que a lei não os preveja, desde que não atentem contra normas de ordem pública ou contra os bons costumes: o que não é proibido é permitido.

[...]

É nesse sentido unicamente processual que a doutrina brasileira tem empregado ao longo dos anos a locução devido processo legal, como se pode observar, v.g., da enumeração que se fez das garantias dela oriundas e verbis: a) direito à citação e aos conhecimentos do teor da acusação; direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; d) direito ao procedimento do contraditório; e) direito de não ser processado, julgado e condenado por alegada infração às leis ex post facto; f) direito a plena igualdade entre a acusação e a defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado, nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; i) direito de assistência judiciária, inclusive gratuita; j) privilégio contra a auto-incriminação.¹⁸⁰

Nessa mesma orientação sobre os princípios, de acesso ao direito e da garantia da tutela jurisdicional efetiva, Canotilho ensina:

¹⁷⁹NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (Coleção de Estudos de Direito de Processo Enrico Liebman, v.21). p.35.

¹⁸⁰NERY JUNIOR, op. cit., 7.ed., p.35-42.

Em termos gerais – e como vem reiteradamente afirmando o Tribunal Constitucional na senda do ensinamento de Manuel de Andrade –, o direito de acesso aos tribunais reconduz-se fundamentalmente ao direito a uma solução jurídica de atos e relações controvertidas, a que se deve chegar um prazo razoável e com garantias de imparcialidade e independência possibilitando-se, designadamente um correto funcionamento das regras do contraditório, em termos de que cada uma das partes pode deduzir suas razões (de fato e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discretear. Significa isto que o direito à tutela jurisdicional efetiva se concretiza fundamentalmente através de um processo jurisdicional equitativo – due process – [...]¹⁸¹

O **princípio da igualdade** previsto pela Constituição Federal no artigo 5.º caput e inciso I, para Cretella Neto, deve ser entendido

como a equiparação de todos os homens no que diz respeito à fruição e ao exercício de direitos, assim, como à sujeição a deveres e obrigações. Não consiste em uma igualdade de tratamento apenas perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida.¹⁸²

Rui Portanova faz alusão a dois objetivos contidos no princípio da igualdade, um primeiro buscando a igualdade de todos perante a lei e o segundo, visando reduzir as desigualdades existentes entre as partes. E, menciona que por princípio da igualdade, deve-se entender "a equiparação de todos que estejam submetidos a uma dada ordem jurídica no que se refere ao respeito, ao gozo e a fruição de direitos, assim como à sujeição a deveres"¹⁸³.

Para Cretella Neto, o princípio da igualdade, aplicado às partes do processo,

O comando dirige-se, em primeiro lugar, como já mencionamos, ao legislador, para que elabore leis materiais e processuais que assegurem essa igualdade. Dirige-se, a seguir, ao juiz, para na parte em que lhe for facultada a discricionariedade, garanta tratamento isonômico entre as partes, vale dizer, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade, tanto na vida quanto no processo. [...]

¹⁸¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.433.

¹⁸²CRETELLA NETO, op. cit., p.51.

¹⁸³PORTANOVA, op. cit., p.35.

Em outras palavras, a anterior igualdade formal negativa (a lei não pode estabelecer diferenças) dá lugar, hoje, à conceituação positiva da igualdade (a todos deve se concedidas iguais oportunidades). A consequência dessa alteração de enfoque permite que a lei trate desigualmente os desiguais, concedendo aos jurídica ou economicamente hipossuficientes, determinados benefícios, para que não sejam prejudicados em virtude de suas deficiências.¹⁸⁴

Para Nelson Nery Junior, o princípio da isonomia, relativamente ao processo civil

[...] o princípio da igualdade significa que os litigantes devem receber do juiz tratamento idêntico. Assim a norma do art. 125, n.I do CPC teve recepção integral em face do novo texto constitucional. Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.¹⁸⁵

Canotilho acerca do princípio da igualdade chama a atenção para o fato dele não poder ser observado apenas como um "*princípio estático*" que não implica a eliminação das desigualdades econômicas. Para ele, implica um "dever de compensação positiva da desigualdade de oportunidades"¹⁸⁶. E, afirma que, a expressão "todos os cidadãos são iguais perante a lei" – significa

A exigência na igualdade de aplicação do direito. Numa formula sintética, sistematicamente repetida, escrevia Anschutz: as leis devem ser executadas sem olhar as pessoas. A igualdade na aplicação do direito continua a ser uma das dimensões básicas do princípio da igualdade constitucionalmente garantido e, como se irá verificar, ela assume particular relevância no âmbito da aplicação igual da lei (do direito) pelos órgãos da administração e pelos tribunais.¹⁸⁷

Cintra, Grinover e Dinamarco alertam que

a aparente quebra do princípio da isonomia, dentro e fora do processo, obedece exatamente ao princípio da igualdade real e proporcional, que

¹⁸⁴CRETELLA NETO, op. cit., p.55 -57.

¹⁸⁵NERY JUNIOR, op. cit., 7.ed., p.44.

¹⁸⁶CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 2.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p.486.

¹⁸⁷CANOTILHO, op. cit., 7.ed., p.426.

impõe tratamento desigual aos desiguais, justamente para que, supridas as diferenças se atinja a igualdade substancial.¹⁸⁸

O **princípio da ampla defesa e do contraditório** foram previstos num mesmo na Constituição Federal, no artigo 5.º, LV, dispõe que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".¹⁸⁹ Embora previsto em conjunto na redação constitucional, diversos autores entre eles, Vicente Greco Filho, José Cretela Neto, Maria da Glória Colucci, José Maurício Pinto de Almeida, que os mesmos atualmente têm significados diversos e encontram-se separados na doutrina. Para José Cretella Neto, elucida que o princípio da ampla defesa é mais abrangente, do que o do contraditório, "A regra da ampla defesa abrange a do contraditório, completando-se os princípios que as informam e que se resumem no postulado da liberdade integral do homem diante da prepotência do Estado."¹⁹⁰

Vicente Greco Filho ensina que a ampla defesa consiste em "garantir ao réu contraditar a acusação, através da previsão legal de termos processuais que possibilitem a eficiência da defesa".¹⁹¹

Maria da Gloria Colucci e José Mauricio Pinto de Almeida, entendem que o princípio do contraditório deriva do princípio da igualdade de todos perante a lei, prevista no *caput* do artigo 5.º da Constituição Federal, estando ligado também à imparcialidade do juiz.¹⁹²

Para Rui Portanova, o princípio do contraditório

¹⁸⁸CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, op. cit., p.54.

¹⁸⁹BRASIL. **Constituição Federal de 1988**, art. 5.º, LV.

¹⁹⁰CRETELLA NETO, op. cit., p.63.

¹⁹¹GRECO FILHO, op. cit., p.56.

¹⁹²COLUCCI, Maria da Gloria; ALMEIDA, José Maurício Pinto de. **Lições de teoria geral do processo**. 4.ed. Curitiba: Juruá, 2000. p.32.

[...] é elemento essencial ao processo. Mais que isto, pode-se dizer que é inerente ao próprio entendimento do que seja processo democrático, pois está implícita a participação do indivíduo na preparação do ato de poder. A importância do contraditório irradia-se por todos os termos do processo. Tanto assim que conceitos como ação, parte e devido processo legal, são integrados pela bilateralidade [...]

Assim, não basta intimar a parte para manifestar-se, ouvi-la e permitir a produção de alegações e provas. Mais do que isto, o contraditório tem que ser pleno e efetivo, e não apenas nominal e formal.¹⁹³

Envolvendo o princípio do contraditório e da liberdade, Jorge Miranda, em estudos publicados em homenagem a Paulo Bonavides, determina que,

as partes que pedem justiça devem ser postas no processo em absoluta paridade de condições; e isso manifesta-se sobretudo no princípio do contraditório (*audiatur et altera pars*), na repartição do ônus da prova, nas normas que garantem a defesa e a comunicação recíproca dos documentos, no princípio da aquisição processual.

E o mencionado autor prossegue:

Por seu turno o princípio do contraditório serve de garantia de igualdade e compreende pelo menos, dois elementos: dever e direito de o juiz ouvir as razões das partes em relação a assuntos sobre os quais tenha de proferir uma decisão; direito de audiência de todos os sujeitos processuais que possam vir a ser afetados pela decisão, de forma a garantir-lhes uma influência efetiva no desenvolvimento do processo [...]

Processo equitativo, segundo o art. 6.º da Convenção Européia é um processo em que nenhuma das partes tenha mais direitos do que a outra e em que ambas estejam em pé de igualdade quer quanto ao modo de exporem as suas razões, quer quanto às conseqüências que se tiraram do modo como são expostas.¹⁹⁴

O princípio da imparcialidade do juiz decorre do princípio do juiz natural, ou seja, não se admitindo juiz ou tribunal de exceção, e a garantia de que ninguém será sentenciado, salvo se, por autoridade competente, estas garantias inseridas no

¹⁹³PORTANOVA, op. cit., p.161.

¹⁹⁴MIRANDA, Jorge. A tutela dos direitos fundamentais em Portugal. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). **Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p.60-63.

artigo 5.º inciso XXXVII e LIII da Constituição Federal. Nelson Nery Junior acerca destas garantias:

A garantia do juiz natural é tridimensional, significa que 1) não haverá juízo ou tribunal ad hoc, isto é, tribunal de exceção; 2) todos têm o direito de submeter-se a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei; 3) o juiz competente tem que ser imparcial.¹⁹⁵

Ainda, o referido autor adverte que:

Antes de ser afirmada a competência e a imparcialidade do juiz para julgar determinadas causas não pode o magistrado ingressar no exame de questões processuais ou de mérito, sob pena de violar-se a garantia constitucional do juiz natural. A garantia implica o direito dos litigantes em ver o objeto do processo, ou seja, o conjunto das questões que devem ser julgadas pelo juiz (thema decidendum) ser decidido pelo juiz natural.¹⁹⁶

Para Rui Portanova, o juiz não pode ter proveito econômico decorrente do litígio, sendo um "dado objetivo CPC que concretiza nos óbices legais previstos pelos arts. 134 e 135 do CPC".¹⁹⁷

O princípio da motivação das decisões judiciais, de extrema relevância, possibilitando aos jurisdicionados a exata compreensão do julgado, bem como as razões que levaram o magistrado a decidir daquela forma e a garantia da imparcialidade do mesmo. Nos exatos termos do art. 93, n. IX, da Constituição Federal, as decisões judiciais deverão ser motivadas sob pena de nulidade.

[...] a motivação das decisões judiciais surge como manifestação do estado de direito, anterior, portanto, à letra da norma constitucional que a refira expressamente.

A motivação da sentença pode ser analisada por vários aspectos, que vão desde a necessidade de comunicação judicial, exercício de lógica e atividade intelectual do juiz, até sua submissão como ato processual, ao estado de direito e às garantias constitucionais estampadas no art. 5.º, CF, trazendo conseqüentemente a exigência da imparcialidade do juiz, a publi-

¹⁹⁵NERY JUNIOR, op. cit., 7.ed., p.66.

¹⁹⁶NERY JUNIOR, op. cit., 7.ed., p.73/4.

¹⁹⁷PORTANOVA, op. cit., p.77.

cidade das decisões judiciais, a legalidade da mesma decisão, passando pelo princípio constitucional da independência jurídica do magistrado, que pode decidir de acordo com a sua livre convicção, desde que motive as razões de seu convencimento. (princípio do livre convencimento motivado) Fundamentar significa o magistrado dar as razões de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram "substancialmente" fundamentadas as decisões que afirmam que "segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido".

[...]

De todo modo é fundamentada a decisão que se reporta a parecer jurídico constante dos autos, ou às alegações das partes, desde que nessas manifestações haja exteriorização de valores sobre as provas e questões submetidas ao julgamento do juiz. Assim, se o juiz na sentença diz acolher o pedido adotando as razões do parecer do Ministério Público, está fundamentada a referida decisão, se no parecer do Parquet houver fundamentação dialética sobre a matéria objeto da decisão do magistrado.¹⁹⁸

José Cretella Neto trata dos **princípios de livre investigação e da livre apreciação das provas**, levando ao convencimento racional do juiz como princípio processual, e neste tópico ressalta que "ao juiz é permitido, de ofício ou a requerimento das partes, determinar as provas que julgar necessárias à instrução do processo", visando sempre um tratamento isonômico das partes, além do princípio da "livre apreciação das provas, que modernamente, cedeu lugar ao princípio da persuasão racional do juiz".¹⁹⁹ Menciona que o livre convencimento não é sinônimo de mero capricho do juiz ou arbítrio na apreciação das provas, mas nele reside o princípio de motivação da sentença.

Sobre o princípio da livre admissibilidade da prova, como denominado por Rui Portanova,

Há uma tendência universal para o sistema da livre investigação probatória. E isso não se deve a particularidades de regimes políticos. É consequência

¹⁹⁸NERY JUNIOR, op. cit., 7.ed., p.172-175.

¹⁹⁹CRETELLA NETO, op. cit., p.248.

do caráter publicístico do processo. Corresponde àquilo que se convencionou denominar socialização do direito.²⁰⁰

²⁰⁰PORTANOVA, op. cit., p.209.

6 DA FALÊNCIA, DA RECUPERAÇÃO DA EMPRESA JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL NA LEI N.º 11.101 DE 2005

A Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002 foram os pilares que propiciaram a reforma no tratamento do empresário em dificuldades econômicas e financeiras no Brasil, seguindo a linha adotada pelos Estados Unidos e por alguns países europeus, especialmente pela França. Os fundamentos da ordem econômica, a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, com a finalidade de assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social aliados aos princípios regentes desta mesma ordem previstos no artigo 170 da Constituição demonstraram que o Decreto-lei n.º 7.661/1945 não estava mais adequado às novas diretrizes traçadas pelos constituintes.

A entrada em vigor do Código Civil de 2002, que adotou a teoria da Empresa, possibilitou desta forma a consideração do empresário, da sociedade empresária e da empresa como figuras distintas.

A nova lei, ao tempo em que excluiu do direito brasileiro a figura da concordata, tanto a preventiva quanto a suspensiva, manteve o instituto da falência e introduziu a recuperação judicial e extrajudicial da empresa. Em linhas gerais, será feita uma abordagem sobre os institutos por ela regulados, bem como o procedimento por eles adotado.

A lei em questão tem como pressuposto subjetivo para sua aplicação a necessidade de o agente econômico devedor ser empresário ou sociedade empresária.²⁰¹ A delimitação da figura de empresário e sociedade empresária encontra seu embasamento nos artigos 966 e seguintes do Código Civil. Partindo do conceito formulado no artigo 966, empresário é quem exerce, profissionalmente, atividade econômica organizada, para a produção ou circulação de bens e serviços. O parágrafo único do artigo citado excetua do âmbito da atividade empresária os

²⁰¹BRASIL. Lei n.º 11.101/2002, art. 1.º.

profissionais que exerçam atividades intelectuais de natureza científica, literária ou artística, ainda com o auxílio de colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Ainda, em seu artigo 971, o Código Civil dá a quem exerce atividade rural a possibilidade de optar pela condição de empresário, desde que faça o seu registro no Registro Público de Empresas Mercantis.²⁰²

Transportando estes conceitos para o âmbito da sociedade, tem-se como empresária a sociedade que exerce atividade econômica organizada, para a produção ou circulação de bens ou serviços, visando à partilha dos resultados obtidos entre seus sócios.

E, nessa mesma linha de raciocínio, conclui-se que as sociedades simples estão excluídas do âmbito de aplicação da Lei n.º 11.101/2005²⁰³. Não apenas estas, mas textualmente o artigo 2.º, exclui:

- I - empresa pública e sociedade de economia mista;
- II - instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

²⁰²GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.80-81: "[...] O empresário rural contrastava com o empresário comercial. Só este último submetido ao direito de empresa. Essa distinção entre empresários foi eliminada e o primeiro permaneceu excluído do regime jurídico empresarial. Em outras palavras, o empresário rural deixou de ser empresário para os fins de aplicação das disposições do Código Civil. Com a redação que recebeu no Senado Federal, o art. 970, ainda integrado ao critério anterior, antevê a expressão e dispôs que o empresário rural teria tratamento favorecido quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes. Ora, não estando obrigado à inscrição, não tem como receber o tratamento favorecido relativo à ela como anunciado no referido dispositivo legal."

²⁰³ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário....p.110/111**. Ao tratar da diferença estabelecida pelo Código Civil de 2002 entre as sociedades simples e as empresárias, expõe:..." Na verdade , não se nota no referido Código nenhum dado que justifique essas distinções entre uma e outra. Se a idéia foi implementar regimes jurídicos diferentes não há como identifica-los na preconizada proposta, até porque o Código Civil de 2002 buscou a unificação das obrigações em geral e das matérias civil e comercial. (...) Pode-se argumentar que a sociedade empresária está sujeita a regras peculiares para efeito de determinação de seu regime de insolvência (falência, concordata e consecutários) que seria diverso daquele aplicável à sociedade simples (insolvência civil).

Em síntese sujeitam-se à aplicação da presente lei:

- a) o empresário e a sociedade empresária;
- b) o empresário e sociedade empresária, exceto as sociedades anônimas, que houverem cessado o exercício de suas atividades há menos de dois anos do pedido, comprovado por documento hábil expedido pelo Registro de Empresas Mercantis;
- c) sociedade empresária do tipo anônima, até o encerramento da liquidação e partilha de seu ativo;
- d) espólio até um ano após o óbito do devedor empresário.

A legitimidade ativa para o requerimento da falência é atribuída, nos termos do artigo 97:

- a) ao empresário ou sociedade empresária devedora, para fins de requerimento de autofalência, nos termos do artigo 105;
- b) ao cônjuge sobrevivente, herdeiros, sucessores do devedor empresário ou inventariante, na hipótese de falência requerida do espólio;
- c) ao sócio quotista ou acionista, possuindo legitimidade concorrente para requerimento da falência da sociedade empresária, na forma da lei ou do contrato social ou estatuto social;
- d) a qualquer credor, estes com fundamento no artigo 96, incisos I, II ou III, observado o critério de se o credor for empresário, fizer a comprovação da inscrição de seus atos constitutivos perante o Registro de Comércio.

Para a recuperação da empresa, seja ela judicial ou extrajudicial, a competência é atribuída ao devedor empresário ou à sociedade empresária, observados os dispositivos legais, contratuais ou estatutários sobre tal deliberação.

A legislação norte-americana, cujos dispositivos influenciaram a nova lei brasileira, atribui legitimidade ativa não apenas ao devedor, mas também aos credores e aos sócios da sociedade devedora. A lei italiana, por sua vez, a atribui ao devedor, aos credores e ao representante do Ministério Público.

O foro competente para decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar o pedido de recuperação extrajudicial é o do juízo do principal estabelecimento do devedor, ou da filial de sociedade que tenha sede fora do país (art. 3.º).

Em razão da matéria a competência é atribuída à Justiça Estadual, mais especificamente às Varas Cíveis ou Especializadas, observado o Código de Organização Judiciária do Estado, para a sua exata determinação.

Ao estabelecer a competência em razão do lugar, o artigo 3.º da Lei n.º 11.101/2005 nos remete à identificação do principal estabelecimento; desde logo, cabe esclarecer que principal estabelecimento não corresponde obrigatoriamente ao lugar onde estiver situada a sede meramente estatutária, ou seja, a matriz. Para a sua identificação existem posicionamentos que militam em favor do critério quantitativo e outros, da sede administrativa. Autores nacionais, entre eles Fábio Ulhôa Coelho²⁰⁴, adotam na definição do principal estabelecimento, para fins de decretação da falência, o critério quantitativo, ou seja, "aquele em que se encontra concentrado o maior volume de negócios da empresa". Citado autor admite ter este posicionamento em virtude de provavelmente ser este o estabelecimento que está mais próximo dos bens e abrangendo o maior número de credores, portanto seria o maior do ponto de vista econômico.

Rubens Requião, ao esclarecer o conceito de principal estabelecimento, menciona, optando pela sede administrativa, justifica:

Em nosso Curso de Direito Comercial, ao estudarmos o estabelecimento comercial, tivemos a oportunidade de escrever que o critério para se determinar o principal estabelecimento integrante de uma empresa com vários estabelecimentos (sejam sucursais, filiais, agências, depósitos, escritórios, etc.) não leva em conta a dimensão física dos mesmos. Conceitua-se tendo em vista o local aonde se fixa a chefia da empresa, onde efetivamente atua o empresário no governo ou no comando de seus negócios, de onde emanam

²⁰⁴COELHO, Fábio Ulhôa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**: (Lei n.º 11.101/2005). São Paulo: Saraiva, 2005. p.28.

as ordens e instruções, em que se procedem as operações comerciais e financeiras de maior vulto e em massa, onde se encontra a contabilidade geral. Em matéria falimentar, portanto, o juízo competente não é o determinado pelo domicílio civil ou estatutário, mas pela localização do domicílio real, onde se situa o principal estabelecimento, como uma nau capitaneia numa frota marítima. [...].²⁰⁵

²⁰⁵REQUIÃO, **Curso de direito falimentar**, v.1, p.92-93.

Miranda Valverde, se posicionando em favor da sede administrativa, quanto à determinação do principal estabelecimento, em comentários ao dispositivo correlato, no Decreto-lei n.º 7.661/1945, ensina:

Se o comerciante, pessoa natural ou jurídica, tiver vários estabelecimentos em jurisdição diferente, o seu domicílio, para os efeitos da Lei de Falências, é o lugar onde estiver a sede administrativa dos negócios. A sede administrativa é, com efeito, o ponto central dos negócios, de onde partem todas as ordens, que imprimem e regularizam o movimento econômico dos estabelecimentos produtores. As relações externas, com fornecedores, clientes, bancos, etc., realizam-se por seu intermédio. Na sede da administração é que se faz a contabilidade geral das operações, [...].²⁰⁶

Neste tópico, opta-se pela doutrina de Miranda Valverde e de Rubens Requião, em razão de se tratarem, tanto a falência quanto a recuperação de empresas, de processos que envolvem todos os estabelecimentos de uma mesma sociedade e, para efeito de apuração de dados administrativos e contábeis, bem como perícias nesta área, assistência por parte dos administradores e possibilidade de sua identificação pelos credores. Assim, torna-se mais viável considerar como principal estabelecimento a sede administrativa, de onde emanam as ordens e concentra-se a contabilidade geral.

Para empresários sediados no estrangeiro, que possuam filial no Brasil, a competência para a decretação da falência, em caso de pluralidade de filiais em território nacional, estabelece-se igualmente pelo domicílio real, ou seja, aonde se situar a administração delas. Na hipótese de todas gozarem de autonomia, não havendo prevalência de uma sobre as outras, a fixação da competência deverá se dar pelo local onde as obrigações foram assumidas. Sempre ressaltando que a falência decretada no Brasil abrangerá apenas os bens aqui existentes e as obrigações aqui contraídas.

O princípio da *vis attractiva*, ou seja, a aptidão atrativa do juízo falimentar, a unidade e universalidade do juízo encontram-se contemplados na Lei n.º 11.101/2005, no artigo 76, quando determina que "o juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas

²⁰⁶VALVERDE, op. cit., v.1, p.84.

as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo"²⁰⁷.

Pode-se, portanto, excetuar:

- a) as ações não reguladas pela Lei n.º 11.101/2005;
- b) as ações trabalhistas, como decorrência não apenas do dispositivo da lei falimentar, mas por atribuição constitucional para a Justiça especializada – do Trabalho (art. 114 da Constituição Federal). Após a liquidação do crédito trabalhista, o mesmo deverá ser inscrito no Quadro Geral de Credores, perante o juízo falimentar. Na hipótese de a sua apuração não se ultimar no prazo devido, deverá pelo juízo trabalhista, ser oficiado ao juízo falimentar pedindo a reserva dos valores;
- c) as ações de natureza tributária, que embora não sejam atraída para o juízo falimentar, sujeitam-se à classificação proposta na falência;
- d) As ações de conhecimento que for parte a União, suas autarquias ou empresas públicas federais, cuja competência é atribuída à Justiça Federal, pelo artigo 109, I da Constituição Federal;
- e) as demais ações que demandarem quantia ilíquida terão prosseguimento no juízo originário, até a fixação do seu *quantum*.

Como regras comuns à Falência e à Recuperação de Empresas, ainda se podem fazer algumas observações, de acordo com os aspectos a seguir comentados.

Não são exigíveis na falência e na recuperação judicial as obrigações contraídas pelo devedor a título gratuito e as despesas que os credores fizerem para tomar parte desses processos, exceto custas judiciais decorrente de litígios com o devedor.

A decretação da falência e o deferimento do processamento da recuperação acarretam a suspensão do curso da prescrição e das ações e execuções em face do devedor ou de sócio solidário. Na falência, referida suspensão tem como termo final

²⁰⁷BRASIL. Lei n.º 11.101/2005.

a sentença de encerramento da falência e, na recuperação judicial, não pode ultrapassar o prazo de 180 (cento e oitenta dias), contados da data do deferimento do seu processamento.

No que se refere à verificação e habilitação dos créditos, houve um avanço no sentido de acelerar o processo, sem retirar as garantias asseguradas aos credores. A verificação será feita pelo administrador judicial com base nos livros de escrituração contábil e documentos comerciais e fiscais do agente econômico devedor e nos documentos que forem apresentados pelos credores. Após a publicação do edital contendo o rol de credores, será aberto prazo aos interessados, para impugnação do mesmo²⁰⁸.

Na administração de falência e da Recuperação de Empresas, destacam-se como órgãos: o juiz, o representante do Ministério Público, o administrador judicial, a assembléia geral de credores e o comitê de credores, sobre os quais serão feitas considerações abaixo. Ressalta-se que, na recuperação de empresa, a administração da sociedade permanecerá sendo exercida pelo devedor, entretanto, será supervisionada pelo administrador judicial. Apenas em casos específicos, previstos em lei, o devedor será afastado da administração de seus negócios, sendo nomeado um gestor judicial para o exercício da função.

Sobre a manutenção do empresário devedor na administração de seus bens, Bertoldi e Ribeiro manifestam-se da seguinte forma:

Os efeitos quanto à pessoa do devedor, comerciante ou empresário, estão relacionados à necessidade de se submeter ele à fiscalização, para que a recuperação judicial não tenha por consequência o agravamento de sua situação financeira.

(...) A lei estabelece uma série de regras aplicáveis ao empresário, que tem uma situação diferenciada em relação ao falido: o empresário não perde a posse sobre os bens e tem legitimação para atuar em juízo; os atos de administração praticados dentro dos limites legais serão válidos; a

²⁰⁸BRASIL. Lei n.º 11.101/2005, art. 7.º a 20.

administração será mais controlada, mas o empresário não é substituído pelo administrador judicial.²⁰⁹

Sérgio Campinho sobre a idéia de órgãos, refere-se a Renzo Provinciali, quando esclarece que:

a idéia de 'órgãos' é feita em oposição à de 'parte', porquanto quer traduzir aqueles que constituem os instrumentos pelos quais o processo opera e se desenvolve. Nesse contexto, pois surgem os órgãos da administração da falência e da recuperação judicial.²¹⁰

Os órgãos da falência e da recuperação judicial, previstos pela Lei n.º 11.101/2005 são: o magistrado, o representante do Ministério Público, o administrador judicial, a assembléia geral de credores e o comitê de credores.

Magistrado - O juiz, em cuja jurisdição o devedor possui o seu principal estabelecimento, tem a função de conduzir o processo, dirigindo e superintendendo os trabalhos da falência e recuperação de empresas, possuindo funções administrativas no interesse da massa e judicantes²¹¹, tais como as definidas no despacho de processamento da recuperação judicial, na decisão sobre impugnações apresentadas as habilitações de crédito, na sentença que decreta ou

²⁰⁹ BERTOLDI, Marcelo M. e RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 4ª ed. . São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008. p 513.

²¹⁰PROVINCIALI, Renzo. *Manuali di diritto fallimentare*. 5.ed. Milão: Casa Editrice Dott A. Giufré Editore, 1969. p.196, apud CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação da empresa: o novo regime da Insolvência empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.45

²¹¹ MARZAGÃO. Lídia Valério. A recuperação judicial. **Comentários à nova Lei de falências e recuperação de empresas**. Coordenação MACHADO. Rubens Approbato. São Paulo Quartier Latin. 2005. p.91." [...] O juiz exerce rigoroso controle em todo o processo de recuperação judicial, desenvolvendo atividades jurisdicionais e administrativas, pois, todas as decisões tomadas no curso do processo devem ser submetidas ao seu crivo, condutor da ação. Ao receber a petição inicial, nomeia o administrador judicial a quem competirá fiscalizar as atividades do devedor em recuperação, bem como o cumprimento do plano, além de decidir sobre todas as questões no curso do processo, desde a venda de bens da empresa ou do próprio estabelecimento, se assim restar decidido no plano, até o encerramento do processo."

denega a falência,. Sua atuação se dá não apenas na esfera empresarial, como também na esfera penal. ²¹²

Com a lei nº 11.101/2005, as funções do magistrado restaram bastante reduzidas em face dos poderes atribuídos à assembleia-geral de credores. reduzidas, sendo que nesse sentido, Pontes de Miranda ensina:

É inegável o que há de função administrativa na atividade do juiz da falência, porém não se hão de menosprezar, menos ainda eliminar, a judiciedade dos procedimentos e a sua natureza idêntica à das outras execuções forçadas, [...].

Representante do Ministério Público - No dizer de Amador Paes de Almeida:

Na verdade o Ministério Público, por força da própria evolução porque vem passando, já não pode ser visto como simples órgão auxiliar do Executivo, e, muito embora entre nós não se inclua entre os órgãos do Poder Judiciário (art. 92 da CF), bem pode ser definido como uma instituição independente que representa não o Executivo propriamente dito, mas a própria sociedade.²¹³

Da lição de Rubens Requião extrai-se que:

[...] o Ministério Público não constitui parte no processo falimentar mas tem um direito de intervenção e controle muito extenso, cujo fim é, na verdade, duplo: assegurar a repressão aos crimes que podem surgir na falência e defender pela sua atuação disciplinar o interesse público e do crédito comercial.²¹⁴

²¹² BERTOLDI, Marcelo M. e RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial.....** p.659. Para os autores citados: “ A autoridade suprema no processo de falência é o juiz. Há a participação do Ministério Público e as atividades mais relevantes são exercidas pelo administrador judicial, com a participação do Comitê de Credores em algumas. Na falência, a atividade do juiz é preponderantemente administrativa e não jurisdicional, por exemplo quando delibera pela venda antecipada de um bem. (...) Uma das dificuldades práticas da administração da falência decorre do fato de o juiz não ter experiência ou profissionalidade para o desenvolvimento da atividade administrativa, nem prática empresarial, o que faz com que a presença do administrador judicial se torne fundamental para o bom andamento da falência, especialmente diante do fato de não ser possível a requisição , à todo tempo, de realização de perícias, eis que a massa falida não poderia suportar os valores devidos por tais serviços.

²¹³ALMEIDA, Amador Paes. **Curso de falência e recuperação de empresa.** 21.ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2005. p.213-214

²¹⁴REQUIÃO, **Curso de direito falimentar**, v.1, p.245.

Em conclusão, o representante do Ministério Público tem como principal atribuição fiscalizar a execução das leis, no interesse da sociedade.

Administrador Judicial - É nomeado pelo juiz, preferencialmente entre advogados, contabilistas, administradores, economistas ou pessoa jurídica especializada, observadas as restrições – impedimentos previstos no artigo 30 da Lei n.º 11.101/2005. Na hipótese de a nomeação recair em pessoa jurídica, esta deverá indicar a pessoa física que a representará.

No processo de falência, após a sentença que a decreta, o administrador judicial passa administrar os bens da massa. Suas atribuições, longe estão de ser representante do devedor ou dos credores. Como órgão da falência, ele age por direito próprio visando à obtenção de melhores resultados para a massa.

No processo de recuperação judicial, suas funções relacionam-se com a fiscalização e supervisão da administração da empresa e do cumprimento do plano proposto. Ocorrendo o afastamento do agente econômico devedor da condução de seus negócios, o administrador assumirá a tarefa apenas até a nomeação de um gestor judicial, designado pela assembléia geral. O artigo 22 da lei enumera os direitos e atribuições do administrador judicial.

Assembléia geral de credores - Para Sérgio Campinho, a assembléia geral de credores:

[...] consiste na reunião dos credores sujeitos aos efeitos da falência ou da recuperação judicial, ordenados em categorias derivadas da natureza de seus respectivos créditos, com o fim de deliberar sobre as matérias que a lei venha a exigir a sua manifestação, ou sobre aquelas que possam lhes interessar. Revela um foro facultativo e não permanente de decisões de credores, instalado e operado em estrita obediência das prescrições legais, para decidir situação específica eventualmente surgida no curso do processo.²¹⁵

Podem participar da assembléia geral de credores:

- a) titulares de créditos derivados da legislação do trabalho e acidentários;

²¹⁵CAMPINHO, op. cit., p.75.

- b) titulares de créditos com garantia real;
- c) titulares de crédito com privilégio especial, privilégio geral, quirografários e subordinados.

Suas atribuições encontram-se enumeradas no artigo 35 e poderá ser convocada pelo juiz, por meio de edital publicado no órgão oficial e em jornais de grande circulação na localidade da sede e das filiais, com a antecedência mínima de 15 (quinze) dias. Poderá, ainda, ser convocada pelo juiz a pedido do Comitê de credores, pelo administrador judicial ou por credores que representem no mínimo 25% (vinte e cinco por cento) do valor total dos créditos de uma determinada classe ou pelo agente econômico devedor. As propostas serão consideradas pela assembléia geral de credores, desde que se obtenham votos favoráveis de credores que representem mais da metade do valor dos créditos presentes à assembléia, exceto na deliberação sobre a formação do comitê e no exame do plano de recuperação, nos termos do artigo 42.

Ressaltando o poder decisório exercido pela assembléia geral de credores no decurso do processo de recuperação judicial, quando houver impugnação ao plano apresentado pelo devedor, cita-se o artigo 56 §§ 3.º e 4.º:

Art. 56 - [...]

§ 3.º - O plano de recuperação judicial poderá sofrer alterações na assembléia geral, desde que haja expressado concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição de direitos exclusivamente dos credores ausentes.

§ 4.º - Rejeitado o plano de recuperação pela assembléia geral de credores, o juiz decretará a falência.

A assembléia geral que tiver por matéria a ser examinada o plano de recuperação deverá observar o seguinte quorum para deliberação:

Art. 45 - Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidos no art. 41 desta lei deverão aprovar a proposta.

§ 1.º Em cada uma das classes referida 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.

§ 2.º 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.

§ 3.º 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.

Na hipótese em que o plano de recuperação apresentado não obtiver aprovação nos termos do art. 45 e seus parágrafos, a lei estabelece uma forma alternativa, para a concessão da recuperação judicial:

art. 58 - [...]

§ 1.º - O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base no plano que não obteve a aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, cumulativamente, 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, independente de classes;

II - a aprovação de duas das classes de credores nos termos do artigo 45 desta Lei, ou caso haja somente duas classes com credores votantes, a aprovação pelo menos numa delas;

III - na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1.º e 2.º do art. 45 desta lei.

Em relação ao poder deliberativo da assembléia-geral de credores, Gladston Mamede, comenta

A Lei 11.101/2005 atribuiu um poder soberano à assembléia-geral sobre a aprovação (sob a forma original ou após sofrer alterações aprovadas pelo devedor) ou rejeição do plano de recuperação judicial. Assim, caso não haja declaração da nulidade da assembléia ou a sua anulação, se o plano de recuperação judicial for rejeitado pela assembléia geral de credores, o juiz decretará a falência do devedor empresário. Em outras palavras (e por outro ângulo), para a declaração de falência do empresário ou da sociedade empresária basta que o plano de recuperação (repto: em sua forma original ou com alterações aceitas pelo devedor) não mereça voto favorável da maioria dos credores que representam mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia, nas classes dos credores quirografários e de credores com garantia real, em cada uma, bem como cumulativamente, aprovação pela maioria simples dos credores presentes, contados por cabeça, em cada uma daquelas classes, critério extensível à classe de créditos advindos da legislação do trabalho e de acidentes do trabalho. A falência é consequência legal da rejeição, ressalvado um só caso: por força do artigo 58, § 1º, da Lei 11.101/05, o juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma estudada, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa: (1) o

voto favorável [...]Ademais, a recuperação judicial somente poderá ser concedida com base neste quorum especial se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado, segundo expressa previsão deste mesmo artigo 58.²¹⁶

Comitê de Credores - Este órgão colegiado é facultativo na falência e na recuperação de empresas. Sua instalação depende da complexidade e do porte do agente econômico devedor. Sua constituição poderá se dar por deliberação de qualquer das classes de credores na assembléia geral e, de conformidade com o artigo 26, terá a seguinte composição:

- I - um representante indicado pela classe dos credores trabalhistas, com dois suplentes;
- II - um representante indicado pela classe de credores com direitos reais de garantia ou privilégios especiais, com dois suplentes;
- III - um representante indicado pela classe de credores quirografários e com privilégios geais, com dois suplentes.

Em resumo, pode-se dizer que o comitê de credores é um órgão fiscalizador e consultivo, com suas atribuições enumeradas no artigo 27.

6.1 INSTITUTOS PREVISTOS

6.1.1 Falência

A falência é considerada um processo de execução coletiva, cujo objetivo é a dissolução e liquidação da sociedade empresária, nos termos do artigo 1.044 do Código Civil, no qual os credores do devedor empresário participam do concurso para recebimento de seus créditos. Neste processo, concorrem regras não apenas de direito comercial, mas de direito civil, processual, administrativo, penal, processual penal, trabalhista, tributário, entre outros.

²¹⁶ MEMEDE. Gladston. **Direito empresarial...** p. 248/9.

A legislação brasileira optou pela exteriorização da insolvência para fins de requerimento da falência, pela confissão do devedor, pela impontualidade injustificada, pela execução frustrada, pela prática de atos ruinosos que demonstrem um estado de insolvência.

A autofalência constitui uma faculdade atribuída ao empresário ou sociedade empresária devedora, quando este verificar o estado fático de insolvência, pela impossibilidade de satisfazer as obrigações assumidas. O devedor é quem possui legitimidade ativa para dar início à ação, com o seu pedido endereçado ao juízo onde estiver localizado o seu principal estabelecimento, expondo as razões que inviabilizam a continuidade de suas atividades, acompanhadas da documentação comprobatória da sua condição de empresário, suas demonstrações contábeis, relação de bens e de dívidas, qualificação daqueles que foram seus administradores nos últimos cinco anos, bem como os livros obrigatórios e documentos, nos termos do artigo 105 da lei vigente.

As demais modalidades de exteriorização do estado de insolvência se encontram enumeradas no artigo 94 e seus incisos da Lei n.º 11.101/2005. O inciso I do referido artigo contempla o pedido de falência com base na impontualidade injustificada, ou seja, quando o devedor "sem relevante razão de direito, não paga no vencimento, obrigação líquida materializada em títulos executivos protestados, cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência".²¹⁷

A lei atual inovou em nosso sistema legislativo, com a fixação do valor mínimo dos créditos que embasam o pedido de falência, exteriorizado pela impontualidade injustificada. Com esta medida buscou-se afastar os pedidos de falência com caráter meramente intimidatório ao devedor empresário, quando, na realidade, buscavam a mera cobrança dos haveres. Com a adoção do valor mínimo do crédito para o pedido de falência, com fulcro na impontualidade injustificada,

²¹⁷BRASIL. Lei n.º 11.101/2005, art. 94, I.

fixado em valor que ultrapasse 40 (quarenta) salários mínimos, procurou direcionar os pedidos formulados às empresas com dificuldade financeiras maiores, evitando o ajuizamento de pedidos embasados em valores ínfimos. O valor total dos créditos que instruem o pedido deve ultrapassar 40 (quarenta) salários mínimos poderá ser atingido com um ou mais títulos executivos que preencham os requisitos legais, podendo ainda os credores formar um litisconsórcio ativo para atingir o teto mencionado.

A forma de comprovar a impontualidade injustificada é o protesto. Tratando-se de títulos de crédito, o protesto se efetiva na forma usual de protestos por falta de pagamento, lavrados perante os Cartórios de Protestos de Títulos.

O inciso II do artigo 94 refere-se à exteriorização da insolvência por meio da chamada execução frustrada, ou seja, "executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal". Neste caso, não necessita do protesto, nem que o débito atinja o teto de 40 (quarenta) salários mínimos em razão de já se encontrar comprovada a ineficácia da execução singular.

No inciso III, em suas sete alíneas, enumeram-se condutas que demonstram o estado de insolvência do devedor e mais, evidenciam procedimentos que poderão trazer prejuízos aos credores e à massa. Para requerimento da falência com base neste último inciso, as obrigações não necessitam estar vencidas, bastando a ocorrência dos fatos ali contemplados, cabendo ao credor o ônus da prova.

Quando o requerimento de falência estiver fundamentado no artigo 94, inciso I ou II, após a citação, o devedor no prazo de 10 (dez) dias terá as seguintes alternativas:

- a) permanecer inerte, não efetuar o depósito elisivo da falência e não apresentar contestação, alternativa que conduzirá à decretação da falência;
- b) Oefetuar o depósito elisivo da falência, abrangendo o valor do principal, atualização monetária, juros e demais verbas sucumbenciais, hipótese

em que haverá a extinção do processo, com a liberação dos valores depositados em favor do autor da ação;

- c) efetuar o depósito elisivo da falência e apresentar contestação ao pedido. Na hipótese de requerimento com base no inciso I, a contestação deverá ser fundamentada em relevante razão de direito, cujo rol exemplificativo encontra-se no artigo 96. Adotada essa providência, será afastada a possibilidade de decretação da falência, desviando objeto do processo para a discussão da legitimidade do crédito pleiteado. Ao final, os valores depositados serão liberados em favor do vencedor da demanda.
- d) apresentar contestação ao pedido, levando em conta a matéria acima mencionada. Caso suas razões não sejam acolhidas, será proferida sentença decretando a falência.
- e) apresentar pedido de recuperação judicial da empresa. Apresentado o pedido e proferido o despacho de processamento, será determinada a suspensão das ações e execuções movidas em face do falido, seguindo-se o procedimento previsto para a recuperação de empresa

Para o pedido de falência, fundamentado em atos lesivos, não existe a previsão legal da faculdade de efetuar o depósito elisivo. A sentença proferida a respeito do processo de falência irá decidir sobre a procedência ou não do pedido. Em caso negativo – sentença denegatória – se for constatado o dolo do autor no requerimento, na própria sentença o mesmo poderá ser condenado nas perdas e danos. Se houve atuação com culpa, o devedor poderá procurar a reparação dos danos causados, por meio de ação própria. Da sentença denegatória, cabe recuso de apelação.

A sentença que decreta a falência transforma o estado de fato do devedor insolvente em estado de direito, o de falido, razão pela qual autores nacionais como

Miranda Valverde, Rubens Requião, Fábio Ulhôa Coelho, Roberto Negrão, entre outros, apóiam a teoria sobre a sua natureza jurídica como sendo uma sentença constitutiva.²¹⁸

A justificativa para a adoção de tal posicionamento sobre a natureza jurídica da sentença que decreta a falência decorre do reconhecimento de um estado de fato da insolvência e decretando a falência, constituindo um novo estado jurídico, capaz de produzir efeitos em relação aos direitos dos credores, à pessoa e aos bens do falido, aos seus contratos e atos por ele praticados.

A decretação da falência instaura o juízo universal, ao qual são atraídos os credores, exceto os previstos no artigo 76 da Lei n.º 11.101/2005. Dentre as determinações legais voltadas à sentença que decreta a falência (art. 99), cabe destacar a nomeação do administrador judicial, fixação do termo legal da falência, prazo para os credores habilitarem os seus créditos, suspensão das ações e execuções movidas em face do falido, exceto as previstas no art. 6.º §§ 1.º e 2.º da Lei n.º 11.101/2005, convocação da assembléia geral de credores. Da sentença que decreta a falência, cabe recurso de Agravo, na modalidade de Instrumento, no prazo de 10

²¹⁸REQUIÃO, **Curso de direito falimentar**, v.1, p.125, ao tratar da natureza jurídica da sentença que decreta a falência, expõe: "Uma tênue corrente, no direito brasileiro, na qual pontificam os Profs. Walter T. Álvares e Sampaio Lacerda, sustenta ser a sentença de natureza declaratória. Nossa Lei de Falências, com efeito induz essa conclusão, quando na Seção Segunda do Título Primeiro usa a expressão ' Declaração Judicial da Falência'. Segundo aqueles autores, a sentença apenas declara o preexistente estado de insolvência, que é assim reconhecido judicialmente como falência.

Outra corrente, porém, considera que a sentença falencial é constitutiva de direitos. Estudando o tema, o processualista José da Silva Pacheco judiciosamente observa: 'Praticadas as diligencias necessárias profere o juiz a sua decisão que poderá não ser a primeira, nem tampouco a última, nesse processo de falência. Essa decisão é, no sentido de declarar ou não aberta à falência. Que, na verdade, o juiz declara não há a menor dúvida. Contudo não só declara, mas também constitui um novo estado, uma nova situação jurídica, se decreta a falência' (Processo de Falência e Concordata. v.1, p.45).

Miranda Valverde e Waldemar Ferreira consideram constitutiva a sentença. Diz o primeiro que 'tal sentença, enquanto reconhece a preexistência de uma situação de fato, é declaratória; constitutiva, porém, no dizer dos processualistas porque e na verdade, instaura um novo estado jurídico, o de falência, previsto e regulado na lei, valendo *erga omnes*.' (ob. cit., v.1, n.110)."

Ainda sobre o tema, José da Silva Pacheco (**Processo de falência e concordata**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.230. item 297-IV) menciona: "Para nós essa sentença é executiva, eis que proferida no processo de execução coletiva universal, trazendo em si a força plena da executividade, abrangente de pessoas, bens, contratos e atos do falido".

(dez) dias (art. 207 Lei n.º 11.101/2005 combinado com os artigos 524 e 525 do Código de Processo Civil) a contar da publicação da sentença no Diário Oficial. O recurso será interposto perante o Tribunal competente, e comunicada a interposição ao juízo da falência, no prazo de 3 (três) dias, para eventual juízo de retratação. O Relator poderá atribuir efeito suspensivo, a requerimento da falida, ou negá-lo, recebendo apenas no efeito devolutivo.

Ao tempo em que decreta a falência, a sentença determina a inabilitação do falido para o exercício da atividade empresarial e lhe impõe os direitos e deveres revistos nos artigos 102 a 104, transferindo ao administrador judicial os poderes de administração e representação da massa falida.

Dentre as primeiras providências a serem tomadas pelo administrador está a arrecadação de bens, direitos, livros e documentos do falido e a conseqüente elaboração do seu inventário, compreendendo:

- a) os bens do falido que se encontram em seu poder;
- b) os bens do falido em poder de terceiros;
- c) bem como os bens de terceiros, que estejam em poder do falido.

Os bens de terceiros arrecadados poderão ser reivindicados por seus titulares por meio de pedido de restituição ou embargos de terceiro, observada a previsão legal para cada uma das ações.

O quadro de credores será elaborado pelo administrador judicial, com base na relação fornecida pelo devedor, pela escrituração contábil e fiscal, pelos documentos do falido, bem como pelas declarações de crédito apresentadas pelos credores e devidamente aprovadas. Ressalte-se que, será necessária a habilitação pelos credores, cuja descrição no quadro apresentado pelo devedor, apresente divergência, hipótese em que, deverão requerer a sua inclusão ou retificação das informações lançadas.

Os credores serão classificados, em conformidade com o artigo 83 da Lei n.º 11.101/2005:

Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece a seguinte ordem:

- I - Créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes do trabalho;
 - II - Créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;
 - III - Créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;
 - IV - Créditos com privilégio especial, a saber:
 - a. os previstos no art. 964 da Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002;
 - b. os assim definidos por outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;
 - c. aqueles cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia;
 - V - créditos com privilégio geral, a saber
 - a. os previstos no art. 965 da Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002;
 - b. os previstos no parágrafo único do art. 67 desta Lei;
 - c. os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrárias desta Lei;
 - VI - Créditos quirografários, a saber:
 - a. aqueles não previstos no demais incisos deste artigo;
 - b. os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento;
 - c. os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do caput deste artigo;
 - VII - as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias;
- Créditos subordinados, a saber:
- a. os assim previstos em lei ou em contrato;
 - b. os créditos dos sócios administradores sem vínculo empregatício.

Tão logo esteja "encerrada a arrecadação dos bens, com a juntada do respectivo auto ao processo de falência será iniciada a liquidação do ativo".²¹⁹ Dentre as formas de alienação dos bens do ativo, a Lei n.º 11.101/2005 estabeleceu a alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco; alienação da empresa com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente; alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor; e dos bens individualmente considerados.²²⁰ Verifica-se que dentre as formas expostas foram privilegiadas as que preservam a atividade empresária, conforme preceitua o artigo 141, inciso II da citada lei:

²¹⁹BRASIL. Lei n.º 11.101/2005, art. 139.

²²⁰Idem, art. 140.

art. 141 - [...]

II. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes do trabalho;

Para determinar a modalidade da alienação do ativo, o juiz ouvirá o administrador judicial e o comitê de credores, se houver – artigo 142 – decidindo entre:

- a) leilão por lances orais;
- b) propostas fechadas;
- c) pregão.

Para a adoção de outra modalidade, diversa das previstas em lei, haverá a necessidade de aprovação pela assembléia geral de credores, para posterior homologação judicial.

Após o pagamento dos salários relativos aos três últimos meses anteriores ao pedido de falência, até o limite de 05 (cinco) salários mínimos por empregado²²¹, realizadas as restituições, pagos os credores extraconcursais²²² e consolidado o quadro geral de credores, os valores obtidos com a realização do ativo serão destinados ao pagamento dos credores, observada a ordem estabelecida no artigo 83 da Lei n.º 11.101/2005.

Encerrada a realização do ativo e pagos os credores, integral ou parcialmente, em função dos valores obtidos com a realização do ativo, o administrador judicial apresentará suas contas instruídas com os documentos relativos, ao juiz, no prazo de 30 (trinta) dias²²³. Após a tramitação das impugnações, se houver, as contas serão julgadas. No caso de rejeição, o administrador judicial será responsabilizado.

²²¹BRASIL. Lei n.º 11.101/2005, art. 151.

²²²Idem, art. 84.

²²³Idem, art. 154.

Se aprovadas, o administrador no prazo de 10 (dez) dias apresentará o relatório final, para posteriormente o juiz proferir a sentença de encerramento da falência.

6.1.2 Recuperação Judicial

A recuperação judicial configura-se como o procedimento destinado à preservação das empresas economicamente viáveis, sendo que o legislador busca no artigo 47 da Lei n.º 11.101/2005 estabelecer os objetivos e princípios aplicáveis a ela:

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.

Lídia Valério Marzagão sobre a definição de recuperação judicial, com enfoque na lei brasileira, menciona:

Depreende-se da conceituação legal, que a adesão dos credores às medidas preventivas da recuperação de empresas é de salutar importância, passando estes a ter papel de destaque, relevante no procedimento da recuperação de empresas, na medida em que darão assentimento expresso nas assembleias de credores sobre as condições propostas no plano de pagamento apresentado pelo devedor. O credor passa da condição passiva que lhe era imposta na Lei anterior, a ter voz ativa, participando do processo, concordando ou desaprovando, as condições entabuladas no plano de recuperação apresentado pelo devedor. O acordo obedece aos princípios gerais dos contratos de direito comum, e em caso de inexecução dos compromissos ensejará até eventual quebra.

A premissa maior do instituto é a reestruturação da empresa que se encontra em situação difícil, mas não irremediável, através da elaboração de um plano de recuperação aprovado por uma assembleia de Credores. A Lei confere, ainda, relevância à função social da empresa e as circunstâncias de produção e de trabalho e, por fim, apresenta grande preocupação com o crédito, que é a pilastra da economia hodierna.²²⁴

O texto acima transcrito demonstra a preocupação dos legisladores, na elaboração da Lei n.º 11.101/2005, em propiciar a participação ativa dos credores no processo de concessão de recuperação judicial. É certo que, com o comprometimento

²²⁴MARZAGÃO, Lídia Valéria. A recuperação judicial. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.80.

deles com as metas traçadas para a recuperação da empresa, a chance de êxito poderá ser maior. Correta também é a interpretação de que a lei afirma ter prestigiado os princípios da função social da empresa, da sua manutenção, quando se demonstrar viável economicamente, e da proteção ao crédito e aos trabalhadores.

Em exame da lei e seus reflexos verifica-se que nem tudo se encaixa de forma perfeita, como pode parecer. A primeira observação a ser feita acerca da participação ativa dos credores, é que ela foi prestigiada, em detrimento do princípio da isonomia, consagrado no *caput* do artigo 5.º da Constituição Federal. Por outro lado, reduz a figura do magistrado a mero expectador e agente homologador das decisões da assembléia de credores, fazendo com que suas decisões sejam restringidas ao aspecto formal, sem adentrar no mérito da proposta apresentada pelo devedor. Em relação aos trabalhadores é prevista a sua participação, quando forem credores do empresário ou sociedade empresária em recuperação, em face do descumprimento da legislação trabalhista e acidentária. Envolve na sua maioria, empregados demitidos, que buscam os seus direitos na justiça especializada. Na hipótese de a devedora requerer a sua recuperação, antes de descumprir as obrigações trabalhistas com os empregados ainda estão atuando na empresa – maiores interessados na manutenção da atividade – não existe previsão legal para a sua manifestação. Os credores tributários, na eventualidade de ser declarada a falência, terão seus pagamentos efetuados após o pagamento dos créditos trabalhistas, observado o limite legal, dos créditos acidentários e dos créditos com garantia real; igualmente são desconsiderados nas decisões sobre a aprovação do plano de recuperação ou decretação da falência. As críticas aqui mencionadas serão objeto de análise em capítulo posterior.

A legitimidade para requerimento da recuperação judicial é exclusiva do devedor, sendo competente para concedê-la a justiça estadual, da comarca onde estiver situado o principal estabelecimento. O devedor deverá atender aos requisitos do artigo 48 da Lei n.º 11.101/2005:

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.

Estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial os créditos existentes à data do pedido, ainda que não vencidos, embora os credores conservem seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso. As obrigações anteriormente assumidas conservam as condições estabelecidas entre as partes, salvo estipulação diversa no plano de recuperação. O proprietário fiduciário, arrendador mercantil, proprietário ou promitente vendedor de imóveis, cujo contrato contenha cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, ou contrato de compra e venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá à recuperação judicial. Entretanto, quando estes bens sejam essenciais ao desenvolvimento da atividade empresarial, não poderão ser retirados do estabelecimento, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar do despacho de processamento do pedido de recuperação. Não se sujeitam ainda ao procedimento de recuperação as importâncias entregues ao devedor em razão de contrato de adiantamento de câmbio para exportação (art. 49 e §§ 1.º, 2.º, 3.º, 4.º).

No pedido apresentado em juízo, o devedor deverá expor de forma concreta a sua situação patrimonial, bem como as causas que deram origem à crise econômico-financeira, além de anexar os documentos previstos no artigo 51 da Lei n.º 11.101/2005:

II - as demonstrações contábeis relativas aos (3) três últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:

- a) balanço patrimonial;
 - b) demonstração de resultados acumulados;
 - c) demonstração do resultado desde o último exercício social;
 - d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção;
- III - a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou dar, com a indicação de endereço de cada um, a natureza, a classificação, o valor atualizado do crédito, discriminando a sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;
- IV - a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento;
- I - certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;
- II - a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;
- III - os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;
- IV - certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas aonde possui filial;
- V - a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive a de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.

Após exame formal da petição inicial e documentos que a instruíram, estando em termos, o juiz proferirá o despacho de processamento, em cujo conteúdo deverá, observando o art. 52 da LRF:

- a) nomear o administrador judicial;
- b) dispensar a apresentação de certidões negativas para o desenvolvimento de suas atividades pelo devedor, exceto em contratações com o poder público;
- c) determinar a suspensão das ações e execução promovidas em face do devedor, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, excetuando as previstas nos §§ 1.º, 2.º e 7.º do artigo 6.º e as excetuadas nos §§ 3.º e 4.º do artigo 49 da LRF;
- d) determinar ao devedor a apresentação mensal de suas contas, sob pena de destituição de seus administradores;

- e) ordenar a intimação do representante do Ministério Público, da Fazenda Pública Federal e das estaduais e municipais, das localidades onde o devedor possua estabelecimentos.

A partir da publicação do edital de comunicação do despacho de processamento, abrirá o prazo para os credores apresentarem suas declarações de crédito, além do início da contagem do prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias para o devedor apresentar o plano de recuperação judicial. O artigo 50 da LRF enumera, de forma exemplificativa, meios que poderão ser utilizados para a recuperação da empresa. Entretanto, a sua utilização depende de levantamento minucioso das causas que geraram a crise econômico-financeira, podendo variar de simples pedido de dilação do prazo para pagamento das obrigações até a necessidade de alienação dos estabelecimentos. Pode-se comparar a crise da empresa a uma enfermidade do corpo humano. Em função da gravidade da doença apresentada, será receitado o remédio para a sua cura, que poderá variar de uma simples "aspirina" até uma intervenção cirúrgica delicada, ou em outros casos, nem mesmo as técnicas mais avançadas da medicina são suficientes para salvar a vida do paciente.

O plano de recuperação deverá especificar detalhadamente os meios previstos para a recuperação da empresa, a viabilidade econômica e o laudo econômico financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.²²⁵

Os devedores poderão impugnar o plano apresentado, no prazo de 30 (trinta) dias, contados nos termos do artigo 55 e parágrafo único. Não havendo objeção dos credores ao plano apresentado, o juiz concederá a recuperação pleiteada. Havendo objeção, o juiz convocará a assembléia geral para deliberar sobre o plano apresentado, cuja decisão poderá:

²²⁵BRASIL. Lei n.º 11.101/2005, art.53.

- a) aprovar o plano apresentado pelo devedor;
- b) sofrer alterações desde que tenha a expressa concordância do devedor, e não implique prejuízo aos credores ausentes;
- c) propor um plano alternativo, o qual deverá obter a aprovação do devedor;
- d) rejeitar o plano, quando então, o juiz decretará a falência.

Na hipótese de aprovação do plano, nas condições estabelecidas nas letras a, b, ou c do parágrafo anterior, observado o quorum de deliberação que se encontra previsto no artigo 58 e § 1.º da Lei n.º 11.101/2005 e cumpridas as formalidades legais, caberá ao juiz homologar a decisão da assembleia geral de credores. Verifica-se, neste ponto, a função meramente homologatória do juiz, cabendo-lhe apenas o exame das formalidades, tais como: o preenchimento pelo devedor dos requisitos do previsto no artigo 48 e a observância do *quorum* de deliberação previsto, ou a alternativa mencionada no § 1.º do art. 58 da Lei n.º 11.101/2005..Da decisão proferida, caberá agravo, que poderá ser interposto por qualquer credor ou pelo representante do Ministério Público.

Deferida a recuperação judicial, o devedor permanecerá neste estado até que vençam as obrigações previstas no plano aprovado, projetadas para os dois anos seguintes. Neste prazo, o descumprimento das obrigações acarretará a convalidação da recuperação em falência.

Após os dois anos previstos, na hipótese de descumprimento das obrigações, os credores poderão promover a execução individual ou requerer a falência do devedor empresário.

A minimização da atuação do judiciário como mero agente homologador da decisão da Assembleia Geral de Credores foi o objeto da pesquisa, ao considerar que mesmo diante da inconsistência da decisão, aparentemente não restaria outra decisão ao magistrado, senão homologá-la.

Recuperação judicial – Plano especial - Em observância às determinações contidas no art. 170, inciso IX da Constituição Federal de 1988, a Lei n.º 11.101/2005

fez a previsão de um plano especial, menos complexo, destinado a atender às microempresas e às empresas de pequeno porte, que preencham os requisitos previstos no artigo 48 da Lei. Cabe esclarecer que essas empresas poderão optar pela recuperação judicial, pelo plano normal ou especial ou pela recuperação extrajudicial.

O pedido inicial deverá estar acompanhado dos documentos previstos no artigo 51 (anteriormente transcrito), sendo que o meio a ser adotado para pagamento dos credores quirografários, únicos atingidos pelo plano, será a dilação do prazo para pagamento. As dívidas poderão ser divididas em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas, corrigidas monetariamente e com juros de 12% (doze por cento) ao ano, com uma carência de até 180 (cento e oitenta) dias para pagamento da primeira parcela. O deferimento ou a rejeição do plano apresentado se dará pelo juiz, sem a convocação da assembléia geral de credores.

O plano especial, atingindo apenas os credores quirografários, embora tenha sido ampliado o prazo para pagamento e dada a carência para o seu início, incorre na inconveniência que tinha a concordata preventiva. Deve-se considerar que os empresários muitas vezes antes de socorrer-se do pedido da recuperação tentam continuar a sua atividade, embora em crise, buscando empréstimos bancários com garantia, deixando de pagar os tributos devidos e atrasando o pagamento dos empregados. A dilação do prazo para pagamento dos créditos quirografários o auxilia, mas dificilmente o fará superar a crise econômico-financeira.

Recuperação Extrajudicial - A recuperação extrajudicial é um procedimento preventivo dirigido aos empresários e sociedades empresárias em crise econômico-financeira, sendo que se pode dividi-lo em duas fases:

- a) a primeira, uma fase extrajudicial em que o devedor procura seus credores e com eles estabelece a composição dos créditos;
- b) na seqüência, este acordo que inicialmente era extrajudicial é levado a juízo para o pedido de homologação.

A legitimação processual ativa é do agente econômico devedor (art. 162 c/c art. 1.º da Lei n.º 11.101/2005). No pólo passivo encontram-se os credores, em função da possibilidade de impugnação do pedido. O acordo firmado entre o devedor e seus credores é homologável em juízo, portanto não configura um negócio jurídico totalmente extrajudicial. Para o pedido de homologação, o devedor deverá encaminhar petição inicial ao juízo competente, expondo sua situação patrimonial e juntando os documentos previstos no art. 163 § 3.º da Lei n.º 11.101/2005. A regra prevista no aludido artigo 163 é de caráter vinculativo, sendo que os credores signatários do acordo não poderão desistir, salvo com o consentimento dos demais credores.

A impugnação poderá ser feita pelos credores e pelo Ministério Público. Os credores que anuíram com o pedido, somente poderão impugná-lo com base em matéria prevista no art. 164 § 3.º da lei.

Possui as seguintes características:

- a) moratória parcial, vinculando apenas os credores que expressamente anuírem com o plano; salvo quando o requerimento da homologação do acordo que contar com a anuência de 3/5 (três quintos) de todos os créditos de determinada classe ou espécie, poderá ter seus efeitos ampliados para os demais credores;
- b) Para o cômputo dos 3/5 (três quintos) exigidos, não poderão ser considerados os credores previstos no art. 163 §§ 2.º e 3.º da LRF. O plano de recuperação extrajudicial passa a obrigar todos os credores da classe ou espécie atingida;
- c) os credores que não anuírem poderão também exercer a fiscalização dos atos de devedor;
- d) não-participação do Poder Judiciário na fase preliminar de acordo;
- e) não abrange os créditos tributários decorrentes da legislação do trabalho e de indenizações por acidentes do trabalho;
- f) não acarreta a suspensão das ações e execuções movidas em face do devedor;

- g) a sentença homologatória constitui título executivo judicial;
- h) não impossibilita o requerimento da falência do devedor, pelos credores não abrangidos pela recuperação;
- i) o indeferimento do pedido de homologação não possui como consequência a decretação da falência do devedor, sendo possível a apresentação de novo pedido de recuperação extrajudicial.

Da sentença que homologa o pedido, cabe o recurso de apelação, recebido apenas no efeito devolutivo.

6.2 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS QUE NORTEARAM A ELABORAÇÃO DA LEI N.º 11.101/2005

Em seu relatório o Senador Ramez Tebet, da Comissão de Assuntos Econômicos especificou os princípios que orientaram na análise do Projeto de Lei da Câmara de n.º 71 de 2003, nas modificações propostas e na elaboração do substitutivo apresentado pelo Senado, para regular a Falência e a recuperação da Empresa. Neste tópico será procedida a uma análise dos princípios arrolados pelo relator, buscando relacioná-los com os dispositivos legais aprovados.

1) **Preservação da empresa:** em razão de sua função social a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e desenvolvimento do País. Além disso, a extinção da empresa provoca a perda do agregado econômico representado pelos intangíveis como nome, ponto comercial, reputação, marcas, clientela, rede de fornecedores, know-how, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros.²²⁶

A opção dos constitucionalistas de 1988 pela adoção do modelo econômico esboçado a partir do artigo 170 da Constituição demonstra não apenas o apoio à liberdade de iniciativa, mas também a valorização do trabalho humano, mesclando o

²²⁶BRASIL. Relatório da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o PLC n.º 71/2003, relator: Senador Ramez Tebet. disponível na obra de Rubens Appobato Machado (Coord.). **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.343 a 383.

princípio de ordem capitalistas, com tintas sociais. A propalada função social da empresa busca na sua preservação resguardar tanto os interesses dos empresários ou dos sócios das sociedades empresárias quanto dos trabalhadores e seus dependentes, dos consumidores, dos fornecedores, da concorrência, da comunidade e do próprio Estado, que tem na atividade empresária a sua principal fonte de arrecadação tributária.

Tratando dos diversos interesses envolvidos na empresa, Calixto Salomão Filho afirma:

[...] o interesse da empresa não pode ser mais identificado, como no contratualismo, ao interesse dos sócios nem tampouco, como na fase institucionalista mais extremada, à autopreservação. Deve – isso, sim, – ser relacionado á criação de uma organização capaz de estruturar de forma mais eficiente – e aqui eficiência é a distributiva, e não a alocativa – as relações jurídicas que cria.²²⁷

Sobre a função social da empresa como norteadora da sua recuperação, questionam-se dois pontos:

- a) A atribuição da legitimidade ativa para o requerimento da recuperação judicial apenas ao empresário ou sociedade empresária devedora deixou ao seu critério preservar ou não a atividade, independentemente de sua função social. Considerando-se que os interesses envolvidos não são apenas os dos sócios, mas dentre outros se destaca o interesse dos trabalhadores, dos credores, dos consumidores, dos fornecedores, do mercado, da concorrência, do fisco, seria prudente estender a legitimidade ativa ao Ministério Público, quando fosse demonstrado o risco gerado pela inação do devedor.
- b) A atribuição de poderes à assembléia geral de credores para aprovar ou rejeitar o plano de recuperação judicialmente apresentado. Em última análise, caso o devedor entenda necessária à recuperação da empresa,

²²⁷SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. São Paulo: Malheiros, 1998. p.32.

quem terá poder de decidir ou não pela sua função social, serão os credores, com poder de voto na assembleia geral.

2) **Separação dos conceitos de empresa e de empresário:** a empresa é o conjunto organizado de capital e trabalho para a produção ou circulação de bens ou serviços. Não se deve confundir a empresa com a pessoa natural ou jurídica que a controla. Assim, é possível preservar uma empresa, ainda que haja a falência, desde que se logre aliená-la a outro empresário ou sociedade que continue sua atividade em bases eficientes.²²⁸

Diferentemente do Decreto-lei n.º 7661/1945, que por meio do instituto da concordata tinha como principal objetivo o pagamento do passivo quirografário e a preservação da atividade, concedendo remissão parcial dos débitos, dilação do prazo de pagamento ou a combinação de ambos e desta forma recuperar o comerciante e sua atividade. Na sua impossibilidade de atingir este objetivo, tanto comerciante quanto empresa, perecia ao ter sua falência decretada, pois, para a concessão da concordata, tinha-se como requisito o exame da conduta do empresário, demonstrada pelo preenchimento dos requisitos legais. O seu afastamento da condução dos negócios somente poderia se dar após a decretação da falência, quando o síndico assumia a administração da massa. A forma de preservação da empresa, após a decretação da falência, sob a égide do Decreto-lei era, na fase de liquidação, mediante a alienação em bloco dos bens da massa ou, mediante a decisão de 2/3 dos credores, para a adoção de outra forma de liquidação, não prevista em lei.

Decorrente da adoção da teoria da empresa, que caracteriza a fase atual do direito comercial, buscou-se delimitar os conceitos de empresa e empresário. A primeira caracteriza-se como a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços e o empresário, sob a modalidade individual ou de sociedade empresária, é o sujeito que exerce tal atividade.

Em análise dos tipos de sociedade adotados pelo Código Civil Brasileiro ficou demonstrado que a preocupação da dissociação da sorte da empresa e da

²²⁸BRASIL. Relatório Senador Ramez Tebeth.

sorte do empresário sempre esteve voltado à defesa dos interesses dos sócios, em face da limitação de sua responsabilidade pelas obrigações contraídas pela sociedade, independentemente da sorte da atividade desenvolvida. A nova lei, buscando superar esta visão distorcida, pretendeu a preservação da empresa, mesmo que haja a necessidade de afastamento de seus titulares. Desta forma, a preservação da empresa poderá se dar sob a administração dos mesmos titulares ou de terceiros, esta última, decorrente da alienação do estabelecimento. No

A recuperação da empresa não pressupõe a recuperação do empresário. A função social a ser preservada é a da empresa, nem que para tanto deva a empresa ser transferida ou alienada a terceiros.

Tiago Fantini Magalhães, em artigo intitulado "O Princípio da Dissociação entre a Sorte da Empresa e a Sorte do Empresário na Nova Ordem Falimentar", põe em relevo a adoção pelo projeto que deu origem à atual lei, de algumas situações nas quais o afastamento do empresário é necessário para que se vislumbre uma chance de recuperação da empresa:

O aspecto institucional, isto é, a importância da empresa no contexto social no qual ela está inserida, [...], é uma situação que leva o juiz a refletir antes de decretar a falência de uma determinada empresa, pois as conseqüências atingem não só os credores, mas também os empregados, a administração pública e a comunidade."

[...] prevê que o afastamento poderá ser determinado a critério do juiz, mediante decisão fundamentada, quando se fizer necessário, levando-se em conta o benefício dos credores e demais interessados.[...] autoriza o afastamento quando o devedor retardar ou recusar-se ao cumprimento do plano de recuperação apresentado pelos credores.²²⁹

Calixto Salomão Filho, em análise sobre o interesse social envolvido no processo de recuperação de empresas, alerta:

Caso aplicado de forma efetiva, o processo de recuperação de empresas permitirá operar dissociação econômica desconhecida em nosso ordenamento.

²²⁹MAGALHÃES, Tiago Fantini. O princípio da dissociação entre a sorte da empresa e a sorte do empresário na nova ordem falimentar. In: SANTOS, Theóphilo de Azeredo (Coord.). **Novos estudos de direito comercial em homenagem a Celso Barbi Filho**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.431-445.

De há muito tempo vem se tentando, através da delimitação 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 a ruína da empresa da ruína do empresário, permitindo que a primeira sobreviva ao último. Só o tempo e a força de princípios aplicadores dirá se isso será possível em meio à sociedade patriarcal – capitalista em que vivemos.²³⁰

Mesmo observando esse princípio, verificam-se resquícios da influência da conduta do empresário na concessão da recuperação judicial, presente no artigo 48 da lei, quando entre os seus requisitos no inciso IV estabelece necessidade de não ter como sócio controlador ou administrador pessoa condenada pelos crimes previstos nesta lei.

Sobre a exigência do artigo 48, inciso IV, Sérgio Campinho menciona:

A opção do legislador, quanto à extensão dos efeitos da condenação criminal definitiva anterior do administrador ou sócio controlador, de modo a impedir a pessoa jurídica de obter a recuperação, não nos agradou.

[...]

Os indivíduos sem idoneidade para continuar no controle ou na administração da sociedade devem ser afastados, mas a empresa por eles desenvolvida deve prosseguir enquanto viável, visto que os interesses nela envolvidos superam a condição pessoal de sócio ou administrador. A liberdade na confecção do plano de recuperação permite esse afastamento (artigos 50, incisos III e IV, e 64, inciso VI), razão pela qual vimos como uma involução à regra legal.²³¹

Esse atrelamento da concessão do benefício à observância de condições pessoais de seus sócios ou administradores, já era criticado por Rubens Requião, quando da vigência do Decreto-lei 7.661/1945:

Seria, em nosso entender, deplorável que a sociedade, como uma pessoa jurídica, fosse impedida de obter concordata porque um sócio-gerente ou diretor tivesse praticado um dos crimes constantes da enumeração da alínea III do art. 140. Os demais sócios e os acionistas sofreriam a punição,

²³⁰SALOMÃO FILHO, Calixto. Recuperação de empresas e interesse social. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.52.

²³¹CAMPINHO, op. cit., p.130.

violando-se o princípio fundamental que a punição não deve passar da pessoa do criminoso.

Sustentamos, pois, que a sociedade comercial pode impetrar concordata, muito embora seus dirigentes, a essa altura destituídos pelos acionistas, tenham sido condenados pela prática de delito impeditivo de concordata. Os dirigentes que os substituírem poderão requerer a concordata, dando cumprimento á decisão da assembléia geral respectiva.²³²

Jorge Lobo expressa em sua obra *Direito Concursal* idêntico parecer:

A nosso ver a razão está com Rubens Requião e Nelson Abrão, porque o moderno Direito Concursal, ao separar a sorte da pessoa dos sócios, acionistas ou dirigentes da empresa, não admite a extensão dos efeitos da condenação criminal de qualquer deles à sociedade, de molde a paralisar as suas atividades.²³³

Infelizmente, a Lei n.º 11.101/ 2005, no tópico citado, não observou o princípio da separação da sorte da empresa da sorte do empresário, justamente ao estabelecer os requisitos para a concessão da recuperação judicial, com vistas à manutenção da empresa.

3) Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis: sempre que for possível manutenção da estrutura organizacional ou societária, que com modificações, o Estado deve dar instrumentos e condições para que a empresa se recupere, estimulando assim, a atividade empresarial.

4) Retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis: caso haja problemas crônicos na atividade ou na administração da empresa, de modo a inviabilizar sua recuperação, o Estado deve promover de forma rápida e eficiente sua retirada do mercado, a fim de evitar a potencialização dos problemas e o agravamento da situação dos que negociam com as pessoas ou sociedades com dificuldades insanáveis na condução dos negócios.²³⁴

O princípio da recuperação das sociedades recuperáveis é decorrência do princípio da retirada do mercado de sociedades ou empresários não-recuperáveis. A decretação da falência ou a concessão da concordata, pelo Decreto-lei n.º 7.661/1945, baseava-se numa presunção de insolvência, exteriorizada pela impontualidade ou

²³²REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v.2. p.31.

²³³LOBO, Jorge. **Direito concursal**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p.59.

²³⁴BRASIL. Relatório Senador Ramez Tebeth.

outros atos previstos no artigo 2.º. A legislação atual procurou, na medida do possível, submeter a concessão do benefício da recuperação da empresa a uma análise das causas que geraram a crise econômico financeira. Considerando o diagnóstico elaborado, partem de forma individualizada as medidas propostas, possibilitando que aquelas empresas cuja recuperação ainda é viável, sejam mantidas em funcionamento.

Waldo Fazzio Junior, sobre a análise das causas geradoras de dificuldades financeiras, expõe:

Na doutrina jurídica empresarial, não são poucos os autores que alinham diversas causas exógenas explicativas das dificuldades empresariais que podem conduzir à recuperação e/ou a liquidação. Delas podem ser mencionadas:

- diminuição da oferta de crédito bancário ou a elevação do preço para a sua obtenção;
- a liberação ou a facilitação de importações que concorrem com os produtos nativos;
- as transformações repentinas das políticas econômica e governamentais nos setores cambial, fiscal e creditício;
- a geração de novos encargos tributários ou a implementação de cargas maiores;
- a retração de recursos monetários no mercado;
- a crescente eclosão de novos produtos ultrapassando os já existentes;
- a queda das cotações de produtos no mercado internacional;
- a elevação de taxas de juros;
- a desvalorização monetária corretiva;
- a insolvabilidade dos devedores;
- a inadimplência dos diversos níveis da administração pública;
- as crises político-institucionais e sociais;
- corrupção;
- desenvolvimento tecnológico;
- elevada incidência de despesas trabalhistas e sociais;
- insolvência de clientes e fornecedores;
- desapropriações;
- quebra unilateral de contratos;
- concorrência de produtos importados com preços inferiores;
- fechamento do mercado; e
- elevação da competitividade na globalização²³⁵

²³⁵FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Nova lei de falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2005. p.136-137.

Além dos fatores exógenos acima apontados, o mesmo autor reconhece a existência de "*causas endógenas*", atribuídas ao comportamento da própria empresa:

- a insuficiência de capital;
- a redução da produtividade;
- a estimação equivocada das aptidões de mercado;
- a falta de mão de obra qualificada;
- a inaptidão administrativa;
- as dissensões internas;
- as operações ruinosas;
- a idade da empresa;
- as deficiências de estruturação jurídica;
- o caráter familiar da empresa;
- a prática de ilícitos pelos administradores de empresas; e
- a realização de investimentos de retorno mediato.²³⁶

A análise pormenorizada das causas da crise e da situação patrimonial do mercado possibilita aos especialistas a verificação da viabilidade econômica da empresa. Em caso positivo, compensa o sacrifício imposto a todos os que com ela se relacionam (trabalhadores, fornecedores, consumidores, instituições financeiras etc.), por um objetivo maior que é a sua preservação. Entretanto, verificando que a sua recuperação acarretará prejuízos maiores a todos os envolvidos, a opção deve se dar pela sua liquidação.

Entretanto, a viabilidade da empresa, preconizada no artigo 47 da LRF, como um dos pilares de sustentação da recuperação, deverá ser demonstrada pelo devedor, por meio dos documentos apresentados quando do ajuizamento do pedido (art. 51, LRF) e, posteriormente, afirmada no plano de recuperação (art. 53, II LRF). Se não for apresentada impugnação ao plano por qualquer credor, será deferida a recuperação. Caso haja impugnação, não existe previsão legal, para o exame da fundamentação da impugnação e da viabilidade econômica preconizada pelo plano. Tal fato será levado à assembléia que aprovará ou rejeitará o pedido.

5) Proteção aos trabalhadores: os trabalhadores por terem como único ou principal bem a sua força de trabalho, devem ser protegidos, não só com precedência no recebimento de seus créditos na falência e na recuperação

²³⁶FAZZIO JUNIOR, op. cit., p.137.

judicial, mas com instrumentos que, por preservarem a empresa, preservem também os seus empregos e criem novas oportunidades para a grande massa de desempregados.²³⁷

A necessidade de proteção aos trabalhadores, conforme demonstrado no item "Constitucionalismo Econômico", decorreu do abuso cometido em face dos trabalhadores, estimulado pelo liberalismo clássico. A Revolução Industrial e a Revolução Francesa desencadearam a degeneração das relações entre empregadores e empregados, sendo inclusive os direitos sociais elevados à categoria de normas formalmente constitucionais, para garantir a sua observância.

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 7.º a 11 enumera os principais direitos dos trabalhadores urbanos, rurais e domésticos. Reafirmando a posição de proteção ao trabalhador, no artigo 170, *caput* e inciso VIII, traz entre os princípios vetores da atividade econômica a valorização do trabalho e a busca do pleno emprego. Os créditos trabalhistas estão contemplados em diversas passagens da lei de falências e recuperação de empresas. Em algumas delas, pode-se concordar com a adoção do princípio de proteção aos trabalhadores, em outras, seus créditos são preteridos.

Na recuperação extrajudicial, na tentativa de evitar o desrespeito dos empresários aos direitos trabalhistas, forçando acordos extrajudiciais, os créditos dos trabalhadores foram expressamente excluídos, conforme se verifica pelo art. 161§ 1.º da LRF:

Não se aplica o disposto neste Capítulo a titulares de créditos de natureza tributária, derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes do trabalho, assim como aqueles previstos nos arts. 49, § 3.º, e 86, inciso II do *caput* desta Lei.

Apesar da expressa exclusão dos créditos trabalhistas, autores como Carlos Carmelo Balaró em texto constante de coletânea de autores mencionam a possibilidade de sua inclusão, numa interpretação do art. 167 da LRF:

Malgrado o exposto, e ainda que de maneira aparentemente contraditória, o art. 167 da citada lei, do mesmo Capítulo VI (da recuperação Extrajudicial),

²³⁷BRASIL. Relatório Senador Ramez Tebeth.

prevê que 'O disposto neste capítulo não implica impossibilidade de realização de outras modalidades de acordo privado entre o devedor e seus credores', o que nos faz pensar que o trabalhador/ credor poderá, querendo, compor com o seu empregador/ devedor, com a salutar participação da entidade sindical representativa da categoria, ainda que estejamos falando de crédito de natureza eminentemente alimentar. A possibilidade de homologação judicial, trará ao ajuste a segurança jurídica almejada pelas partes.²³⁸

No mesmo sentido, manifesta-se Amador Paes de Almeida:

A recuperação extrajudicial envolve todos os créditos, à exceção:

I - dos créditos tributários;

II - dos créditos trabalhistas e decorrentes de acidentes do trabalho;

III - [...]

Observe-se porém, que, conquanto não abranja a recuperação extrajudicial os créditos nominados, nada impede a composição em torno deles.

[...]

O crédito trabalhista pode ser objeto de negociação com a assistência sindical (art. 7.º, VI, XIII, XIV, da CF).²³⁹

Na recuperação judicial e na falência, em diversos momentos se verifica o tratamento diferenciado destinado ao credor trabalhista, entre eles pode-se destacar:

a) Art. 37. A assembléia será presidida pelo administrador judicial, que designará um secretário dentre os credores presentes.

[...]

§ 5.º Os sindicatos de trabalhadores poderão representar seus associados titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente do trabalho que não comparecerem, pessoalmente ou por procurador, à assembléia.

§ 6.º Para exercer a prerrogativa prevista no § 5.º deste artigo, o sindicato deverá:

I - Apresentar ao administrador judicial, até 10 (dez) dias antes da assembléia, a relação dos associados que pretende representar, e o trabalhador que conste de mais de um sindicato deverá esclarecer, até 24 (vinte e quatro) horas antes da assembléia, qual sindicato que o representa, sob pena de não ser representado em assembléia por nenhum deles; e

b) Art. 41. A assembléia geral será composta pelas seguintes

Classes de credores:

I - Titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou

²³⁸BALARÓ, Carlos Carmelo. Os créditos trabalhistas no processo de recuperação de empresas e falência. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). **Comentário à nova lei de falências e recuperação de empresas**: doutrina e prática. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.248.

²³⁹ALMEIDA, **Curso...**, p.344.

Decorrentes de acidentes do trabalho;

[...]

§1.º - Os titulares de créditos derivados da legislação do trabalho votam com a classe prevista no inciso I do caput deste artigo com o total de seu crédito, independente do valor.

c) Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

I - [...]

III - ordenará a suspensão das ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6.º desta Lei, permanecendo os respectivos autos nos juízos aonde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1.º, 2.º e 7.º do art. 6.º desta lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3.º e 4.º do art. 49 desta Lei;

d) Art. 54. O plano de recuperação judicial não poderá prever prazo Superior a um (um) ano para pagamento dos crédito derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial

Parágrafo único - O plano não poderá ainda, prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial. Vencidos nos três meses anteriores ao pedido de recuperação judicial.

e) Art. 60. [...]

Parágrafo único - O objeto de 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 § 1.º do art. 141 desta Lei

f) Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte Ordem:.

Os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta salários mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;

[...]

VI - créditos quirografários a saber

[...]

c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso i do caput deste artigo;

[...]:

§ 4.º - Os créditos trabalhistas cedidos a terceiros serão considerados quirografários.

g) Art. 151. Os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial

Vencidos nos três meses anteriores à decretação de falência, até o limite de cinco salários mínimos por trabalhador, serão pagos tão logo haja disponibilidade em caixa.

h) Art. 141. [...]

§ 2.º - Empregados do devedor, contratados pelo arrematante serão admitidos mediante novos contratos de trabalho e o arrematante não responde por obrigações decorrentes do contrato anterior.

Em determinados dispositivos, verifica-se a aplicação do princípio da "proteção dos trabalhadores", como na fixação de prazo para pagamento de débitos relativos às verbas decorrentes da legislação do trabalho e acidentes do trabalho, previstos nos artigos 54 e seu parágrafo único e no artigo 151. Entretanto, em outros dispositivos, a exemplo do art. 83, inciso I e § 4.º, muito se tem discutido sobre a constitucionalidade ou não da sua limitação e da perda da preferência em caso de cessão dos direitos.

Mauro R. Penteadado, sobre a limitação da preferência dos créditos decorrentes da legislação do trabalho, expõe:

Limitando a discussão a esses tratados cujos direitos e garantias são incorporados e equiparados àqueles assegurados pela Constituição (art. 5.º, § 2.º), vale lembrar que as Convenções Internacionais do Trabalho promulgadas pelo Dec. 41.721, de 25 de junho de 1957 ("revigorado" pelo dec.95.461/1987) e, aprovadas pelo Dec. Legislativo 24, de 29 de maio de 1956, aparentemente não conferem suporte à discriminação levada à cabo pela Lei, a despeito de sua confusa redação.²⁴⁰ E, na verdade não conferem, se postos em confronto com fundamentos e princípios que informam a Lei maior, constantes dos arts. 1.º, III e 170 caput ("dignidade da pessoa humana"; "valorização do trabalho humano", " conforme os ditames da justiça social"). Nem mesmo a exceção restritíssima do art. 151 da nova Lei de falências, supera o óbice, na medida em que determina o pagamento, tão logo haja disponibilidade de caixa, apenas dos "créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3(três) meses anteriores á decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários mínimos por trabalhador". Trata-se de concessão insignificante, dada a natureza alimentar da remuneração do trabalhador, e, ainda mais, que do fato de a norma do art. 83, I da Lei 11.101 abranger, também os créditos decorrentes de acidentes do trabalho, no limite que impõe.²⁴¹

²⁴⁰[...] 1. Em caso de falência ou de liquidação judiciária de uma empresa, os trabalhadores seus empregados serão tratados como credores privilegiados, seja pelos salários que lhes são devidos a título de serviços prestados no decorrer do período anterior à falência ou à liquidação e será prescrito pela legislação nacional, seja pelos salários que não ultrapassem limite prescrito pela legislação nacional. 2. O salário que constitua crédito privilegiado será pago integralmente antes que os credores comuns possam reivindicar sua parte. 3. A ordem de prioridade do crédito privilegiado pelo salário, em relação aos outros créditos privilegiados, deve ser determinada pela legislação nacional."

²⁴¹PENTEADO, Mauro R. Segunda parte. Comentários à lei de recuperação e falência – Lei n.º 11.101 de 09 de fevereiro de 2005. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio

Conclui-se que a proteção aos trabalhadores e a busca do pleno emprego, de discutível observância pela Lei n.º 11.101/2005, foram questionadas em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade interposta pela Confederação Nacional dos Profissionais Liberais (ADIn 3.424) em face de violação de princípios, a exemplo do da isonomia, bem como de regras protetoras do trabalho, de caráter internacional. Referida ADIn encontra-se pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal. Na recuperação judicial, o plano apresentado, em face do disposto pelo artigo 54 e seu parágrafo único, não poderá prever prazo superior a um ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou acidentária, vencidos até a data do pedido de recuperação. Não poderá, ainda, prever prazo superior a trinta dias, para o pagamento de até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial. Esta regra aparentemente protetiva, estabelece uma proteção para pagamento no prazo de trinta dias, de um valor ínfimo, tratando-se de verba estritamente salarial, deixando o saldo para compor os valores que deverão ser pagos em até 1 (um) ano.

Foi também interposta, em agosto de 2007, Ação Direta de Inconstitucionalidade, pelo Partido Democrata dos Trabalhadores (PDT), questionando a não-sucessão da responsabilidade pelos créditos trabalhistas pelo adquirente de estabelecimento, em processo de falência e recuperação de empresas. E, na hipótese de os trabalhadores continuarem a exercer suas atividades no mesmo estabelecimento, cuja titularidade foi alterada, configuraria um novo contrato de trabalho, independente do anterior. Afirmam os autores que a nova lei de recuperação de empresas e falência estaria estabelecendo uma nova modalidade de rescisão de contrato de trabalho.

Aguarda-se decisão do Supremo Tribunal Federal sobre as Ações Diretas de Inconstitucionalidade interpostas pela Confederação Nacional dos Profissionais

Liberais (ADIn 3.424) e pelo PDT, em face de inconstitucionalidades por eles apontadas na Lei n.º 11.101/2005.

6) Redução do custo do crédito no Brasil: é necessário conferir segurança jurídica aos detentores de capital, com preservação das garantias e normas precisas sobre a ordem de classificação dos créditos na falência, a fim de que se incentive a aplicação de recursos financeiros a custo menor das atividades produtivas, com o objetivo de estimular o crescimento econômico.²⁴²

Na grande maioria dos processos de falência, sob a vigência do Decreto-lei n.º 7661/1945, ao entrar na fase de liquidação, o valor obtido com a realização do ativo era insuficiente para pagamento até mesmo dos créditos decorrentes da legislação do trabalho e acidentários e dos créditos tributários. Na elaboração da classificação dos créditos, contida no artigo 83 da LRF, a limitação da preferência dos créditos trabalhistas a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, bem como o pagamento dos créditos tributários após o pagamento das obrigações com garantia real, segundo o relator do projeto de lei no Senado Federal, teve por escopo a baixa das taxas de juros, em decorrência do aumento da preferência conferida a tais créditos. Esta medida buscou reduzir a insegurança dos credores com garantia real, ante a decretação de falência dos seus devedores.

7) Celeridade e eficiência dos processos judiciais: é preciso que as normas procedimentais na falência e na recuperação de empresas sejam, na medida do possível, simples, conferindo-se celeridade e eficiência ao processo, reduzindo-se a burocracia que atravanca o seu curso.²⁴³

Waldo Fazzio Júnior, em comentário sobre a eternização dos processos de falência, afirma:

Não é de hoje que a doutrina e a jurisprudência se repetem, até cansativamente, nas críticas a eternização dos processos de falência. A extinção do empresário insolvente que, necessariamente, na lei, já é morosa, revela-se, na prática, um arrastado e infrutífero suceder de atos processuais em

²⁴²BRASIL. Relatório Senador Ramez Tebeth.

²⁴³BRASIL. Relatório Senador Ramez Tebeth.

prejuízo dos credores, da atividade empresarial e do mercado. Nem é necessário enaltecer os inconvenientes suscitados pela burocracia processual que marca a agonia do devedor.

[...]

Quem lê o parágrafo único do art. 75 acredita numa relativa sumarização, que, ainda é insuficiente. De qualquer forma, os imperativos do contraditório inerente ao devido processo legal, base do moderno processo civil, não permitem mesmo a adoção de remédios procedimentais de efeitos mais rápidos²⁴⁴

O objetivo a ser atingido com a agilização dos processos de falência vem ao encontro da maximização dos ativos do falido e, em decorrência disso, a satisfação dos credores. Deve-se ressaltar, entretanto, que não obstante a necessidade de celeridade processual, as garantias processuais devem ser observadas. A celeridade e eficiência processuais não são atingidas com a simples reforma legislativa, tem-se que ter em conta as condições de funcionamento do Poder Judiciário.

8) Segurança jurídica: deve-se conferir às normas relativas à falência, à recuperação judicial e à recuperação extrajudicial tanta clareza e precisão quanto possível, para evitar que múltiplas possibilidades de interpretação tragam insegurança jurídica aos institutos e assim, fique prejudicado o planejamento das atividades das empresas e de suas contrapartes.²⁴⁵

A certeza de que o direito vai ser aplicado conforme o disposto na lei. Como exemplo, pode-se citar o artigo 192 da LRF, quando dispõe:

Art. 192. Esta lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início da sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto-lei 7661 de 21 de junho de 1945.

No entanto, no § 1.º do citado artigo 192 da Lei n.º 11.101/2005, verifica-se que tal preceito não foi observado, haja vista que vedou a concessão de concordata suspensiva nos processos de falência em curso. Aqueles empresários devedores que sob a égide do decreto-lei anterior requereram a sua autofalência, com a expectativa

²⁴⁴FAZZIO JUNIOR, op. ci., p.243-244.

²⁴⁵BRASIL. Relatório Senador Ramez Tebeth.

de antes do início da fase de liquidação requerer a concordata suspensiva para retomar as suas atividades, tiveram seu direito frustrado.

9) Participação ativa dos credores: é desejável que os credores participem ativamente dos processos de falência e de recuperação, a fim de que, diligenciando para a defesa de seus interesses, em especial o de recebimento de seu crédito, otimizem os resultados obtidos com o processo, com redução da possibilidade de fraude ou malversação dos recursos da empresa ou da massa falida.²⁴⁶

Quando, em capítulo anterior, se procedeu à análise do "Tratamento normativo da insolvência do empresário no Brasil" em breve relato das características dos diversos instrumentos legais que antecederam ao Decreto-lei n.º 7.661 de 21 de junho de 1945, houve a oportunidade de verificar que a excessiva autonomia concedida aos credores, na condução do processo, não obteve o êxito esperado. Aconteceram inúmeras fraudes, burlando o cumprimento da lei e prejudicando credores minoritários. Este antecedente levou à edição do Decreto-lei n.º 7.661/1945, reduzindo a participação dos credores e chamando para o Estado o poder de decidir sobre a concessão da concordata, alterando-lhe a natureza jurídica.

A participação ativa dos credores, principalmente no processo de recuperação judicial, depende da convergência de interesses entre todos os participantes do processo, eis que o artigo 56 da LRF determina que "havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembléia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação." Adiante, no § 4.º do artigo citado, "rejeitado o plano de recuperação pela assembléia geral de credores, o juiz decretará a falência."

O tratamento eqüitativo dispensado aos credores, consubstanciado no tradicional princípio da "*par conditio creditorum*" que sempre esteve presente nas ações que envolvem a pluralidade de credores, como falência, concordata, insolvência civil, encontra na Lei n.º 11.101/2005 restrições à sua aplicação. A Assembléia Geral de

²⁴⁶Idem.

Credores possui a representação de credores trabalhistas e acidentários, credores com garantia real e privilégio especial, credores com privilégio geral e credores quirografários. Sendo excluídos os credores tributários, os acionistas minoritários e os titulares de ações preferenciais, estes últimos, embora acionistas e não meramente credores, quando chamados a investir mediante a aquisição de ações, possuíam a expectativa de direito, em caso de dissolução e liquidação da sociedade, ver reembolsados os haveres e, na forma com que está estruturada a lei de recuperação de empresas e falência, os mesmos são ignorados por conta do risco da atividade.

Verifica-se na atual lei a minimização da participação do Poder Judiciário e da legislação no processo de recuperação de empresas, fato este que, se houver uma participação consciente dos credores, resultará em benefício aos envolvidos, caso contrário, estar-se-á repetindo o insucesso da legislação que antecedeu o Decreto-lei 7.661/1945.

10) Maximização do valor dos ativos do falido: a lei deve estabelecer normas e mecanismos que assegurem a obtenção do máximo valor possível pelos ativos do falido, evitando a deteriorização provocada pela demora excessiva no processo e priorizando a venda da empresa em bloco, para evitar a perda dos intangíveis. Desse modo, não só se protegem os interesses dos credores de sociedades e empresários insolventes, que têm por isso sua garantia aumentada, mas também diminui o risco das transações econômicas, o que gera eficiência e aumento da riqueza geral.²⁴⁷

O abreviamento do procedimento adotado na falência, principalmente na sua fase de liquidação, demonstra a intenção do legislador. Eis que, concluída a arrecadação e juntado aos autos do processo de falência o inventário dos bens pelo administrador, será iniciada a liquidação. Esta medida busca evitar a deterioração de bens pelo desuso, a sua desvalorização por se tornarem ultrapassados no tempo, gasto excessivo com a guarda de bens, entre outros.

Ainda sobre a maximização do valor dos ativos, o artigo 140 da LFR prioriza a alienação da empresa com a venda dos seus estabelecimentos em bloco.

²⁴⁷BRASIL. Relatório Senador Ramez Tebeth.

Com esta medida, em alguns casos, os bens imateriais que compõem os estabelecimentos também serão considerados na atribuição do seu valor, tais como o ponto empresarial, know-how, em face da possibilidade de manutenção da atividade.

Outra inovação com o objetivo aqui analisado foi a introdução da venda pela modalidade de pregão, a qual "*constitui uma modalidade híbrida*", combinando a alienação do ativo por lances e por melhor proposta, prevista no § 5.º do art. 142

11) Desburocratização da recuperação das microempresas e empresas de pequeno porte: a recuperação das micro e pequenas empresas não pode ser inviabilizada pela excessiva onerosidade do procedimento. Portanto, a lei deve prever, em paralelo às regras gerais, mecanismos mais simples e menos onerosos para ampliar o acesso das empresas à recuperação.²⁴⁸

O artigo 170 inciso IX da Constituição Federal de 1988 estabelece entre os princípios gerais da atividade econômica "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte".

A proposta de tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas, inclusive no plano de Recuperação Judicial, decorre do princípio da isonomia, conforme analisado nos Princípios Gerais do Processo por Cintra, Grinover e Dinamarco:

A absoluta igualdade jurídica não pode, contudo, eliminar a desigualdade econômica; por isso, do primitivo conceito de igualdade, formal e negativa (a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos) clamou-se pela passagem à igualdade substancial. E hoje, na conceituação positiva de isonomia (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado), realça-se o conceito realista, que pugna pela igualdade proporcional, a qual significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais.²⁴⁹

A seção V, artigos 70 a 72 da Lei n.º 11.101/2005 dispõe sobre o plano de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte. O plano especial atinge somente os créditos quirografários e prevê um parcelamento dessas dívidas em "até 36 (trinta e seis) parcelas, iguais e sucessivas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de 12% a.a. (doze por cento ao ano)". Estabelece, ainda, um prazo de carência de até 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir do pedido de distribuição da recuperação judicial, para a efetivação do primeiro pagamento.²⁵⁰

²⁴⁸BRASIL. Relatório Senador Ramez Tebeth.

²⁴⁹CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, op. cit., p.53-54.

²⁵⁰BRASIL. Lei n.º 11.101/2005, art. 71 e seus incisos.

Cabe ressaltar que o plano especial disponibilizado para as microempresas e empresas de pequeno porte é de utilização facultativa, não havendo qualquer impedimento ao requerimento do benefício pelo plano normal.

12) Rigor na punição dos crimes relacionados à falência e à recuperação judicial: É preciso punir com severidade os crimes falimentares, com o objetivo de coibir as falências fraudulentas, em função do prejuízo social e econômico que causam. No que tange à recuperação judicial, a maior liberdade conferida ao devedor para apresentar proposta a seus credores precisa necessariamente ser contrabalançada com punição rigorosa aos atos fraudulentos praticados para induzir os credores ou o juízo a erro.²⁵¹

Visando coibir os abusos cometidos na área empresarial o legislador ampliou o rol de tipos penais previstos na Lei n.º 11.101/2005, bem como aumentou a pena prevista para tais condutas. A esse respeito, Renato de Mello Jorge Silveira menciona:

A inovação legislativa, ao menos na seara penal, ampliando o rol de proteção também a situações de recuperação de empresas, coaduna-se com as modernas tendências dogmáticas empresariais. Isso, contudo, traz a reboque, efeitos perversos inegáveis.

Muitos dos novos tipos penais recriminados repousam âncora na idéia preventiva do perigo. Não se trata como comumente faz o Direito Penal, de repressão ao dano ou perigo concreto de dano ao bem jurídico protegido, mas, unicamente, a uma projeção futura de dano. É fato que a revogada Lei de Falências, da mesma forma, já previra tal situação, mas a ampliação desta situação é perceptível.²⁵²

Ainda o autor antes citado, sobre uma visão geral dos dispositivos penais e sobre a sua futura aplicação, conclui:

A lei pretérita, sem dúvida, necessitava de incrementos. Muitos deles, como se mostram, são, no entanto, de duvidável aceitação e de rigor excessivo. Não obstante, caberá no futuro, aos Tribunais, o derradeiro entendimento quanto á admissibilidade das novas previsões, estabelecendo-se assim, uma vertente de política criminal judicial. [...] A simplista tese de defesa do processo de recuperação ou institutos resguardando a falência não pode de forma alguma, suplantar o lastro garantista observado em princípios consti-

²⁵¹BRASIL. Relatório Senador Ramez Tebeth.

²⁵²SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. As disposições penais na lei de recuperação de empresas e falência – crimes em espécie e procedimentos. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas. doutrina e prática.** São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005. p.297.

tucionais como o da ultima ratio, da lesividade, da proporcionalidade ou da culpabilidade. Se a isso não se cuidar, estar-se-á correndo o risco inaudito de, ao contrário do pretendido, não se evoluir na ciência e aplicação legal.²⁵³

²⁵³SILVEIRA, op. cit., p.298.

7 RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A Lei n.º 11.101/2005, conforme anteriormente demonstrado, sofreu marcante influência da legislação norte-americana e da francesa. Por influência da primeira, destacam-se a participação ativa dos credores no processo de recuperação, e a necessidade de preservação da empresa pela sua influência na economia do país; e da segunda, a proteção especial às questões sociais, a busca da preservação da empresa, considerando a sua função social. Entretanto, afasta-se da orientação da lei francesa no que diz respeito à participação dos credores, sendo que a mesma não confere amplos poderes aos credores. A lei brasileira confere à Assembléia Geral de Credores o poder de decisão sobre a concessão da recuperação, com a aprovação do plano de recuperação, ou mediante a sua rejeição, decide pela decretação da falência. Na França, os credores são consultados, reservando-se o poder de decisão ao Tribunal.

A preocupação dos empresários sempre foi a de proteger o seu patrimônio pessoal, em detrimento das atividades, buscando, incessantemente, formas de limitação da responsabilidade dos sócios, nem que para isto fosse necessário sacrificar a empresa. A proposta da Lei n.º 11.101/2005 procura inverter este raciocínio. Ela busca preservar a empresa (atividade econômica organizada), mesmo que, para atingir este objetivo, a mesma sorte não seja reservada ao empresário ou à sociedade empresária. De onde se concluiu que, na fase em que antecedeu a aplicação da teoria da empresa, o princípio da separação da empresa (atividade econômica organizada) e do empresário, e, por conseqüência da sorte de ambos, há muito tempo era aplicado de forma inversa da que se encontra concebida pela nova lei.

Diante dessa realidade, muito se tem questionado sobre a participação ativa dos credores, os poderes atribuídos à assembléia geral de credores para aprovar, rejeitar ou apresentar emendas ao plano de recuperação apresentado pelo devedor e, por outro lado, do aniquilamento das funções do judiciário como mero sancionador da vontade da assembléia-geral. Decorrente desses posicionamentos, alguns tendentes

à prevalência do aspecto processual, outros do comercial ou empresarial, encontram-se posicionamentos diversos sobre a natureza jurídica da recuperação judicial da empresa.

7.1 NATUREZA JURÍDICA

Inicialmente, como princípio balizador do posicionamento acerca da natureza jurídica da recuperação judicial, faz-se remissão à exposição de motivos do Decreto-lei n.º 7661/45, da lavra de Alexandre Marcondes Filho²⁵⁴, ao dispor sobre o conceito clássico de concordata, e em análise da situação instalada no país, quando da reforma da legislação, que aboliu referido conceito, para consagrá-la como um favor legal, transcreve-se:

Segundo o conceito clássico, a formação da concordata depende da livre manifestação da vontade dos credores, através do quorum de votação, reservando-se ao juiz simplesmente, a homologação do acordo com o devedor. A lei cogita apenas das condições em que a deliberação da maioria obriga a minoria.

O sistema, entretanto, não produz os resultados que seriam de desejar.

A preponderância da maioria nas deliberações coletivas somente se legitima quando todas as vontades deliberantes se manifestam, tendo em vista o interesse comum que as congregou. Ora, nas concordatas formadas por maioria de votos, os credores deliberam sob a pressão de seu interesse individual, deturpando o interesse coletivo da deliberação, e, pois, tornando ilegítima a sujeição da minoria. E a verdade é que, na vigência desse sistema, se tem verificado a constância dessa anomalia, através dos entendimentos externos do processo, o que importa na quebra de igualdade de tratamento dos credores, princípio informativo do processo falimentar.²⁵⁵

Jorge Lobo²⁵⁶ afirma categoricamente que o "pressuposto objetivo da ação de recuperação da empresa, isto é, o fato determinante a ação de recuperação, no

²⁵⁴Foi feita remissão a exposição de motivos do Decreto-lei n.º 7661/1945, elaborado por Alexandre Marcondes Filho, por fazer alusão ao modelo de concordata que a antecedeu (do Código Comercial de 1850 à Lei n.º 2.024/1908), na qual tinha-se a participação ativa dos credores.

²⁵⁵VALVERDE, op. cit., p.281. A exposição de motivos da Lei de falências foi publicada em Diário Oficial (suplemento) de 31 de julho de 1945.

²⁵⁶LOBO, Jorge. **Recuperação judicial da empresa**: quando propor aos credores. Disponível em: <www.migalhas.com.br>. Acesso em: 26 mar. 2007.

sistema da nova Lei, é flexível, metajurídico e aberto". Para ele, por ser do tipo aberto, envolve além das noções clássicas de inadimplência, iliquidez, insolvência, as diversas situações de crise, tomadas do ponto de vista financeiro, podendo considerar como pressuposto objetivo inclusive crises meramente momentâneas, em que o empresário deverá agir preventivamente. O próprio autor ressalta que o seu posicionamento sobre o caráter aberto e metajurídico tem sofrido diversas críticas, às quais ele contra argumenta que para a empresa viável econômica e financeiramente deverão ser criados mecanismos para "acudir tempestiva e eficientemente". Ressalta que as "irremediavelmente insolventes devem ser liquidadas e extintas com rapidez".

Sérgio Campinho, analisando a posição do magistrado e das partes no processo de recuperação, assevera:

O processo de recuperação judicial visa, no seu âmago, a uma única finalidade: a aprovação por parte do devedor e seus credores de uma proposta destinada a viabilizar a empresa por aquele até então realizada. O estado de crise econômico-financeira vai se revelar, assim, transitório e superável pela vontade dos credores, a qual conduzirá ao objetivo do procedimento, qual seja, a recuperação da empresa. A atuação do juiz ficará restrita à verificação das disposições legais aplicáveis ao plano. É um guardião de sua legalidade. Fica-lhe obstado, pois, interferir no seu conteúdo, de domínio exclusivo das partes. A exigência de chancela do acordo por autoridade judicial representa uma medida de política judiciária.²⁵⁷

Diante desse posicionamento privatista, conclui pela fixação da natureza jurídica da recuperação judicial, como sendo um contrato judicial, com feição novatória, conforme se observa:

Por isso, em nossa visão, o instituto da recuperação judicial deve ser visto com a natureza de um contrato judicial, com feição novatória, realizável através de um plano de recuperação, obedecidas, por parte do devedor, determinadas condições de ordem objetiva e subjetiva para a sua implementação. A perfectibilidade do acordo não exige a manifestação unânime de vontades dos credores, sendo suficiente sua formação entre o devedor e uma maioria legalmente estabelecida de credores, capaz de obrigar a minoria. A massa de credores é quem declara a sua vontade, através do órgão deliberante: a assembléia geral de credores. E isso se justifica porque

²⁵⁷CAMPINHO, op. cit., p.12-13.

o fim do processo de recuperação judicial deve ser único para todos, pois a relação processual que se estabelece é única.²⁵⁸

Em argumento contrário ao dos autores que vêem na recuperação judicial um contrato judicial, Jorge Lobo dispõe:

Para os privatistas, a recuperação judicial é um instituto de direito privado devido à sua natureza eminentemente contratual, pois o devedor e seus credores celebram, nos autos de recuperação, um negócio jurídico plurilateral, que ao juiz só resta homologar; se por deliberação da assembléia geral de credores, o acordo não se consumar, ao magistrado cumpre decretar de imediato a falência do devedor.

A recuperação judicial não é um contrato porque o contrato só vincula, obriga e produz efeitos em relação àqueles que a ele aderiram, tácita ou expressamente, o que não ocorre na recuperação judicial; eis que a decisão dos credores em assembléia:

- obriga credores ausentes, os que se abstiveram de votar e até mesmo os dissidentes, vencidos durante o conclave;
- renova as obrigações e dividas, com sacrifício dos direitos e interesses dos credores, embora sob protestos;
- mesmo não havendo unanimidade na votação das classes, o juiz pode homologar o plano, impondo-o à coletividade de credores, se preenchidos os requisitos do art. 58;
- ainda que contra a vontade dos credores, suspende as ações e execuções em curso, etc.²⁵⁹

Para analisar a posição privatista da Recuperação Judicial de Empresas, conforme se encontra delineada pela Lei n.º 11.101/2005, far-se-ão algumas considerações sobre os contratos e sobre o efeito novatório. Maria Helena Diniz, ao tratar do conceito de contrato, esclarece:

O contrato constitui uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependendo, para a sua formação, do encontro da vontade das partes, por ser ato regulamentador de interesses privados. Deveras, a essência do negócio jurídico é a auto-regulamentação dos interesses particulares, reconhecida pela ordem jurídica, que lhe dá força criativa, Num contrato as partes acordam que se deve conduzir de determinado modo,

²⁵⁸CAMPINHO, op. cit., p.13.

²⁵⁹LOBO, Jorge. Recuperação judicial da empresa. In: OLIVEIRA, Fátima Baya de (Org.). **Recuperação de empresas: uma múltipla visão da nova lei.** São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006. p.21-24.

uma em face da outra, combinando seus interesses, constituindo, modificando ou extinguindo obrigações.

Enzo Roppo²⁶⁰, ao iniciar sua exposição sobre a evolução histórica dos contratos, ressalta que muito mais do que um conceito jurídico o contrato cumpre uma função externa, capaz de refletir uma "realidade de interesses, de relações, de situações econômico sociais" exercendo para as partes, "uma função instrumental". Segue o autor comentando que, ao exprimir a idéia de contrato, geralmente se remete de forma implícita ou explícita à idéia de "operação econômica", entretanto não ignora que, em acepção jurídico técnica de contrato, ele poderá refletir "elaborações doutrinárias construídas pela ciência jurídica sobre aquelas normas e aquelas regras". Neste ponto conclui que existem duas acepções diversas, a de "contrato conceito jurídico" e a de "contrato-operação econômica", sendo que o "contrato-conceito jurídico resulta instrumental do contrato-operação econômica".

Por operação econômica, Enzo Roppo identifica a situação em que haja a circulação de riquezas (de utilidades suscetíveis de avaliação em dinheiro), independente dos interesses pessoais que levaram os contratantes a firmar o acordo de vontades. Afirma, ainda, que a idéia de liberdade de contratar seguiu os doutrinadores do século XIX e, por outro lado, não se admitiam vínculos obrigatórios, impostos pelos poderes públicos, a serem observados pelas partes contratantes. Neste cenário da ampla liberdade para contratar, ignoravam-se os limites decorrentes da desigualdade entre as partes, eis que o contrato possuía efeito de lei. A adoção de limitações à liberdade de contratar não era realizada com base na disparidade socioeconômica daqueles que celebravam o contrato.

Enzo Roppo²⁶¹ transporta os conceitos anteriores de *contrato-conceito jurídico* e *contrato-operação econômica* para a propriedade dinâmica exercida por meio da empresa, mencionando que o processo econômico, que no início era movido pela

²⁶⁰ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988. p.7-13.

²⁶¹ROPPO, op. cit., p.67.

propriedade, transmudou-se para a empresa, e "constitui um instrumento indispensável ao desenvolvimento profícuo e eficaz de toda a atividade econômica organizada".

Nesse prisma, a recuperação judicial seria o instrumento pelo qual as partes buscam a preservação da atividade econômica ainda viável. Entretanto, para o deferimento da Recuperação Judicial não é considerada a desigualdade entre as partes. O empresário devedor em posição inferiorizada, dada a sua hipossuficiência para o cumprimento das obrigações assumidas, entrega o destino da sua atividade ao poder de decisão de determinadas classes de credores. A deliberação destes credores, tomada em assembléia geral é soberana, cabendo ao juiz apenas homologar a sua vontade. Não existe previsão de momento para o exame da probidade e da boa-fé dos credores ou da fundamentação da decisão que acata ou rejeita o plano apresentado. A decisão judicial prende-se unicamente ao quorum de deliberação estabelecido em lei.

A cerca do consentimento como elemento necessário ao surgimento do contrato, Caio Mário da Silva Pereira menciona que ele vigorou durante os séculos XIX e XX, sendo este o resultado do "*consenso puro dos interessados, uma vez que é a vontade a entidade geradora*". Atualmente, motivados por certas regras de segurança, bem como pela necessidade de considerações acerca da desigualdade econômica entre as partes em um contrato, foram os mesmos subordinados a um *formalismo*. Como exemplos deste formalismo o citado autor faz alusão à necessidade de inscrição no registro imobiliário do compromisso de compra e venda de imóveis, o registro da alienação fiduciária em garantia. Para a concretização do contrato, estabelece que ele se dá em quatro momentos, nos quais a liberdade de contratar não pode ser encarada de forma absoluta, subordinando-se à observância de normas de ordem pública e dos bons costumes: num primeiro em que vigora a faculdade de contratar ou de não contratar; num segundo momento, a liberdade de escolha com quem contratar; num terceiro, o poder de fixar o conteúdo e por último, depois de concluído, passa a constituir fonte formal de direito. Em conclusão, demonstra que "o contrato, que reflete por um lado a autonomia da vontade, e por outro se submete

à ordem pública, há de ser conseguintemente a resultante deste paralelogramo de forças que atuam ambas estas freqüências".²⁶²

Ainda sobre o consentimento e o exercício dos direitos, tem-se a proteção da boa-fé, em que é condenado o exercício desequilibrado de direitos, caracterizando-o como ato ilícito. Tal posicionamento foi adotado pelo Código Civil Brasileiro, no artigo 187, quando dispõe:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Na recuperação judicial, os credores podem aceitar ou não a proposta apresentada pelo devedor, entretanto não existe espaço para a análise da posição tomada por eles, se atende ou não aos fins econômicos, à boa-fé, à função social da empresa, entre outros.

Sobre o caráter novatório, recorre-se às lições de Clóvis Bevilacqua que ensina que "é a conversão de uma dívida em outra para extinguir a primeira". Especificamente sobre a concordata, como instrumento destinado à preservação da atividade à época da edição da obra citada, afirma que:

A concordata formada com algum sócio solidário da sociedade falida exonera os outros sócios solidários de qualquer responsabilidade, cessando os efeitos da sua falência (Lei número 5.746 de 9 de dezembro de 1929, art. 114, parágrafo único, conforme também dispunha a Lei n.º 2024, de 17 de dezembro de 1908, art. 114, 2.ª parte). [...]

A concordata não produz novação (Lei n.º 5746 de 9 de dezembro de 1929, art. 114).²⁶³

Caio Mário da Silva Pereira²⁶⁴ refere-se à novação, como sendo "a constituição de uma obrigação nova, em substituição de outra que fica extinta". Ainda sobre o tema, ensina:

²⁶²PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v.3. p.11

²⁶³BEVILAGUA, op. cit., p.154.

[...] a novação importa em uma obrigação que, ao nascer, extingue outra preexistente, vale dizer: não há, aqui mera alteração ou modificação dos seus elementos secundários. É mister a sua profundidade, e o seu impacto sobre os essenciais; a ponto de operar a extinção dela e terminação do vínculo existente. Se se encarar exclusivamente a obrigação primitiva, tem-se de admitir que ela desaparece, tal como ocorreria se houvesse pagamento. [...] Os efeitos da novação aparecem como um consectário da sua própria estrutura. Sua função precípua é extingue automaticamente a obrigação antiga, libertando o devedor daquele vínculo. Daí constituir um acordo liberatório, muito embora não chegue a ser um contrato, em sentido técnico. Matando a obrigação pelo surgimento de nova, logo de plano outras conseqüências advêm.²⁶⁵

Para Washigton de Barros Monteiro²⁶⁶, a novação é um meio liberatório singular, de extinção das obrigações sem pagamento. Ainda menciona que "é a *substituição de uma dívida por outra, eliminando-se a primeira*". Conclui que ela possui dois efeitos, um primeiro *extintivo* da obrigação anterior e outro *gerador*, relativo à obrigação nova. O referido autor aponta como requisitos da novação:

A existência de obrigação anterior, que se extingue com a constituição de nova, que a substitui (*obligatio novanda*); b) criação dessa nova obrigação, em substituição a anterior, que se extingue (*aliquid novi*) c) intenção de novar (*animus novandi*).

[...]

A obrigação de novar não se presume. Deve ser expressamente declarada pelas partes, ou resultar, de modo inequívoco, da natureza das obrigações inconciliáveis entre si.²⁶⁷

Sobre os efeitos da novação, Silvio Rodrigues ensina:

[...] o principal efeito da novação é extinguir a dívida anterior. Ora, extinguindo-se esta, que é o principal, extinguem-se os acessórios que guarnecem o crédito. Portanto, os juros convencionais ajustados para o primeiro negócio deixam de fluir a partir da novação; os efeitos da mora não

²⁶⁴PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: teoria geral das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v.2. p.159.

²⁶⁵PEREIRA, op. cit., v.2, p.160.

²⁶⁶MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito das obrigações - 1.^a parte. 7.ed., rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1971. p.324

²⁶⁷ MONTEIRO, op. cit., p.328.

mais se apresentam, pois a obrigação novada foi adimplida pelo surgimento da obrigação posterior; a multa convencional (acessório), que garantia o negócio primitivo (principal) perece com ele.²⁶⁸

Quanto ao efeito novatório da recuperação, o artigo 59 da Lei n.º 11.101/2005 determina que "implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias...". Entretanto, contrariando os efeitos da novação, o artigo 61 § 2.º determina que "decretada a falência, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos..."

Carlos Roberto Gonçalves faz alusão à possibilidade de reviver a primeira obrigação apenas quando ela estiver fundamentada na má fé do devedor e esclarece:

A insolvência do novo devedor corre por conta e risco do credor, que o aceitou. Não tem direito à ação regressiva contra o primitivo devedor, mesmo porque o principal efeito da novação é extinguir a dívida anterior. Mas em atenção ao princípio da boa-fé, que deve sempre prevalecer sobre a malícia, abriu-se a exceção, deferindo-se-lhe a ação regressiva contra o devedor se este, ao obter a substituição ocultou, maliciosamente, a insolvência de seu substituto na obrigação.

A má fé deste tem, o condão de reviver a obrigação anterior, como se a novação fosse nula.²⁶⁹

Não se pode falar em efeito novatório da recuperação judicial, quando diante do descumprimento da obrigação substituta se revigora o termo da obrigação anterior que, em caso de novação, já estaria extinta.

Sintetizando uma análise da recuperação judicial, da forma com que se encontra regulada pela Lei n.º 11.101/2005, sobre o prisma contratual, pode-se destacar:

- a) o devedor empresário ou sociedade empresária, em dificuldade econômico financeira, que julgue ser a sua empresa economicamente viável, propõe

²⁶⁸RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral das obrigações. 23.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995. p.221-222.

²⁶⁹GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004. v.2. p.323.

- em juízo um acordo com seus credores (contrato), visando à manutenção da atividade e ao conseqüente pagamento das obrigações assumidas;
- b) o juiz recebendo o pedido, profere o despacho de processamento, concedendo prazo para que o devedor apresente o plano de recuperação, pelo qual ele pretende atingir o objetivo a que se propõe;
- c) os credores são chamados a se manifestar sobre a proposta do devedor, com a apresentação de oposição, quando se abrem as seguintes alternativas:
- concordam com o plano apresentado, caso em que será deferido o pedido de recuperação;
 - propõem alterações ao plano proposto, que, se forem acatadas pelo devedor, será concedida a recuperação, caso contrário, haverá a decretação da falência;
 - discordam do plano apresentado, restando ao magistrado a alternativa de decretar a falência.
- d) diante da inexistência de oposição apresentada pelos credores, o juiz homologará o plano de recuperação apresentado pelo devedor.

Em defesa de uma posição publicista, para os quais a recuperação judicial é uma ação de conhecimento, da espécie constitutiva, Waldo Fazzio Júnior, sustenta:

Diz a LRE que a recuperação judicial é uma ação. Ação de conhecimento da espécie constitutiva acrescenta-se. Inaugura uma nova conjuntura jurídica, modificando a índole das relações entre o devedor e seus credores e, bem assim, entre o devedor e seus empregados. Para não dizer entre o devedor e a atividade empresarial que exerce. A bilateralidade é substituída pela pluralidade.

A ação de recuperação judicial é a dicção legal, tem por fim sanear a situação gerada pela crise econômico-financeira da empresa devedora. Não se entenda, porém, que se contenta, exclusivamente, com a persecução desse norte. Não é mera solução de dívidas e encargos. Tem em conta a concretização da função socioeconômica da empresa em todos os seus aspectos. Como em toda ação, o autor postula do órgão judiciário o deferimento de uma pretensão. Aqui, é a de pôr em prática um plano de

reorganização da empresa. Busca um favor legal que a lei atribui ao Poder Judiciário o poder de concessão.²⁷⁰

Complementando sua exposição, o autor citado justifica o seu posicionamento, levando em conta que a homologação judicial é elemento imprescindível, para que se instaure a nova situação jurídica do devedor, a qual permite uma solução anômala para as obrigações contraídas anteriormente ao pedido. Afirma que se a recuperação não possui a mesma natureza da concordata, que representava um favor legal, pelo menos ela possui como condição de validade um provimento jurisdicional, e acrescenta:

Aqui é bom resumir, na ação de recuperação judicial o objeto mediato é a salvação da atividade empresarial em risco e o objeto imediato é a satisfação, ainda que impontual dos credores, dos empregados, do Poder Público e, também dos consumidores. Não é mera declaração de reconhecimento de uma situação de crise que o Direito considera relevante. É a instituição de um regime jurídico especial para o encaminhamento de soluções para referida crise, seus desdobramentos e repercussões.²⁷¹

Novamente aqui, as críticas de Jorge Lobo,

Para os publicistas, a recuperação judicial, tal qual a falência, é um instituto de direito processual, portanto de direito público; eis que a nova lei de Falência e Recuperação de Empresas garante ao devedor que preencher os requisitos formais do art. 51 e os materiais do art. 48 o direito de propor a ação recuperação judicial.

A recuperação judicial não é instituto de direito processual, porque:

- os credores não são chamados por edital a juízo para responder, mas para opinar;
- o juiz não decide uma lide, um conflito de interesses, que é composto consensualmente pelo devedor e seus credores no âmbito da assembléia geral de credores, sobretudo quando apresentam modificações ao plano de recuperação;
- não há que falar em citação, revelia, produção de provas, audiência de conciliação, instrução e julgamento, sucumbência, etc.²⁷²

²⁷⁰FAZZIO JUNIOR, op. cit., p.128.

²⁷¹FAZZIO JUNIOR, op. cit., p.129.

²⁷²LOBO, Recuperação judicial da empresa, p.21-24.

Para os publicistas, a recuperação de empresas, em especial a judicial, muito mais do que um acordo entre credores ou um contrato, tem na atuação do Judiciário o seu pressuposto de validade.

Para analisar a Recuperação de Empresas, em especial a judicial, sob o ponto de vista processual, considerando-a como uma ação de conhecimento, de natureza constitutiva, conforme afirma Waldo Fazzio Junior, far-se-á uma análise buscando princípios constitucionais aplicáveis ao processo. Em uma ação de recuperação judicial, de um lado tem-se o empresário devedor, que, na tentativa de preservar a sua atividade e seu patrimônio, busca em juízo uma composição com seus credores. De outro lado, os credores que, para garantia de seus créditos possuem o patrimônio do devedor, e, em tese, deverão examinar a proposta que melhor atenda, não apenas os seus interesses, mas também aos de terceiros, direta ou indiretamente no exercício da empresa.

Sob o enfoque processual, encontra-se o fundamento para a busca ao Judiciário para a solução, no art. 5.º, n. LIV, da Constituição Federal, em que se tem que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Na lição de José Roberto Bedaque, o processo é um "instrumento com o qual a jurisdição atua" e neste sentido esclarece que

Antes que o magistrado possa emitir o provimento pedido, é necessário o cumprimento de uma série de atos preparatórios, que se sucedem ordenadamente, com o objetivo de proporcionar ao julgador o necessário conhecimento da situação de direito material sobre a qual incidirá o provimento. Essa série de atos constitui o processo, que se concebe como uma unidade em vista de uma finalidade, que dirige todo o seu desenvolvimento e cujo alcance é sua normal conclusão.²⁷³

Numa concepção privatista, hoje ultrapassada, o processo era concebido como uma relação jurídica, em que seus sujeitos, as partes e o juiz, atuam para a obtenção de um fim. Para os subjetivistas, cujo enfoque também se encontra

²⁷³BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.65.

ultrapassado, o processo possui como fim imediato e direto a tutela dos direitos subjetivos, enquanto a atuação da lei seria um efeito indireto, secundário.²⁷⁴

Atualmente, o processo é encarado como um instituto de direito processual, no qual o interesse público "na correta atuação da lei deve prevalecer sobre o interesse particular das partes em ver reconhecidos os seus direitos". Bedache acrescenta que, "[...] não só as normas ordinárias são atuadas mediante o processo. Ele é um instrumento de atuação da Constituição, cujas regras abstratamente formuladas e que representam direitos e garantias fundamentais, concretizam-se processualmente".²⁷⁵

No plano constitucional, o princípio do devido processo legal, garantindo o acesso ao Judiciário aos cidadãos, para o professor Nelson Nery Junior, significa:²⁷⁶

[...] No direito processual americano a cláusula (procedural due process) significa o dever de propiciar-se ao litigante: a) comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental; b) um juiz imparcial; c) a oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz; d) oportunidade de apresentar provas ao juiz; e) a chance de reperguntar às testemunhas e de contrariar as provas que forem utilizadas contra o litigante; f) o direito de obter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal; g) de uma decisão fundamentada, com base no que consta dos autos.²⁷⁷

E é nesse sentido unicamente processual que a doutrina brasileira tem empregado, ao longo dos anos, a locução "devido processo legal", como se pode verificar, v.g, da enumeração que se faz das garantias dela oriundas verbis: a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis ex post facto; f) direito à plena igualdade, entre acusação e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; j) privilégio contra a auto-incriminação. (José Celso de Mello Filho. A tutela judicial da liberdade. RT 526 (1979), p.298/299; Idem. Constituição, cit.p.448.).²⁷⁸

²⁷⁴NERY JUNIOR, op. cit., 7.ed., p.65.

²⁷⁵BEDAQUE, op. cit., p.69.

²⁷⁶NERY JUNIOR, op. cit., 7.ed., p.33.

²⁷⁷NERY JUNIOR, op. cit., 7.ed., p.38.

²⁷⁸NERY JUNIOR, op. cit., 7.ed., p.39.

Especificamente quanto ao processo civil, já se afirmou ser manifestação do *due process of law*: a) igualdade das partes; b) garantia do *jus actionis*; c) respeito ao direito de defesa; d) contraditório. (Mello Filho. José Celso de. A tutela, cit. 299).²⁷⁹

Para o autor citado, a Constituição Federal de 1988 poderia ter se limitado a adotar o princípio do devido processo legal,

o caput e a maioria dos incisos do art. 5.º, seria absolutamente despicienda. De todo modo, a explicitação das garantias fundamentais derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos do art. 5.º, CF, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteadas a administração pública e o judiciário para que possam aplicar a cláusula, sem maiores indagações.²⁸⁰

Analisando a recuperação judicial de empresas como um processo, verifica-se que ele não pode deixar de observar os princípios do contraditório, da ampla defesa, da igualdade entre as partes e a imparcialidade do juiz.

A noção do contraditório e da ampla defesa está arraigada à noção de processo e na ação de recuperação judicial, verifica-se a sua observância. Dentre outras oportunidades, salienta-se que, na fase de processamento, após o pedido formulado pelo devedor empresário, abre-se prazo para a impugnação não apenas pelos credores, mas também pelos demais interessados; quando da apresentação do plano de recuperação pelo devedor, novamente abre-se o prazo para a impugnação pelos interessados.

Na recuperação judicial se encontra presente a bilateralidade, essencial ao desenvolvimento do processo. Nelson Nery Junior ressalta:

Em todo processo contencioso há pelo menos duas partes: autor e réu. O autor (demandante) instaura a relação processual, invocando a tutela jurisdicional, mas a relação processual só se completa e põe-se em condições de preparar o provimento judicial com o chamamento do réu a juízo. O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra;

²⁷⁹NERY JUNIOR, op. cit., 7.ed., p.39-40.

²⁸⁰NERY JUNIOR, op. cit., 7.ed., p.40.

somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e a outra, a antítese) o juiz pode corporificar a síntese, em um processo dialético. É por isso que foi dito que as partes, em relação ao juiz, não tem papel de antagonistas, mas sim de 'colaboradores necessários': cada um dos contendores age no processo em visa o próprio interesse, mas a ação combinada dos dois servirá justiça na eliminação do conflito ou controvérsia que os envolve.²⁸¹

Neste ponto, cabe a interrogação sobre a natureza processual da recuperação da empresa. Feito o pedido e apresentado o plano de recuperação pelo devedor, abre-se oportunidade para a manifestação dos interessados. Em caso de ser apresentada impugnação ao plano, o juiz convocará a Assembléia Geral de Credores à qual será entregue o destino da ação. O papel do Judiciário será o de acatar a decisão da assembléia, restando ao juiz, unicamente, a liberdade de examinar se o "quorum" exigido por lei foi observado, ou quando muito utilizá-lo de forma alternativa, e a observância do preenchimento pelo devedor dos requisitos do artigo 48 da lei, para homologar a decisão tomada pelos credores.

A imparcialidade necessária ao julgamento da ação não se encontra presente. A Lei n.º 11.101/2005 atribui a uma das partes o direito de decidir sobre o destino do pedido formulado pela outra parte.

O direito à produção de provas, embasado constitucionalmente, tem o condão de auxiliar a formação do convencimento do juiz. Reconhece-se a sua necessidade, tanto que, nos processos em geral, faculta-se às partes e ao próprio juiz a produção de provas necessário discernimento da questão colocada em exame. O pedido de recuperação judicial propicia ao devedor o direito de instruir o processo, com provas que demonstrem a viabilidade econômica de sua empresa, garantindo-lhe desta forma o direito à produção de prova.

²⁸¹CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, op. cit., p.55.

Bedaque, em sua obra "Os Poderes Instrutórios do Juiz", ressalta a importância do direito à prova como inafastável do princípio do contraditório e da ampla defesa.

[...] O problema não pode ser tratado apenas pelo ângulo do ônus (CPC, art. 333). Necessário examiná-lo do ponto de vista da garantia constitucional ao instrumento adequado às soluções das controvérsias, dotado de efetividade suficiente para assegurar ao titular de um interesse juridicamente protegido em sede material, a tutela jurisdicional. Em última análise, o amplo acesso aos meios de prova constitui corolário natural dos direitos de ação e de defesa.²⁸²

[...] Ao juiz também assiste o poder de determinar as provas necessárias à formação de seu convencimento. A iniciativa probatória do juiz é elemento indissociável da efetividade do processo.²⁸³

Para requerer a recuperação judicial de empresa o devedor deverá explicitar as causas que geraram a crise, anexar as demonstrações contábeis, os extratos de aplicações financeiras, a relação de empregados, a relação de ações em que figura como parte (art. 51). Posteriormente, para instruir o plano de recuperação apresentado, deverá especificar os meios a serem empregados, demonstrar a sua viabilidade econômica e apresentar laudo econômico-financeiro e de avaliação de bens do ativo (art. 53). Tais provas não são objeto de análise pelo juiz. Basta a assembléia geral de credores recusar o plano de recuperação apresentado pelo devedor e não apresentar solução alternativa, para que a falência seja decretada. Portanto, ausente a necessária imparcialidade no exame do pedido.

O direito/dever do empresário que requer a recuperação judicial de produzir provas que demonstrem a viabilidade de seu empreendimento, encontra-se presente nos termos da Lei n.º 11.101/2005; entretanto, não se pode dizer que ela garanta a efetividade do contraditório, pela falta de tratamento isonômico entre as partes, quando é atribuído aos credores o direito de decidir em assembléia sobre o

²⁸²BEDAQUE, op. cit., p.20.

²⁸³BEDAQUE, op. cit., p.21-22.

desfecho da ação. Não existe previsão legal do devido exame pelo juiz, das provas produzidas pelo empresário devedor.

A atribuição aos credores do poder decisório viola o princípio da igualdade, prejudicando a natureza processual da recuperação judicial de empresas. Bedaque, na obra citada, ensina:

A igualdade perante a lei é premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz: da norma inscrita no art. 5.º, caput, da Constituição, brota o princípio da igualdade processual. As partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões.²⁸⁴

Ainda sobre a necessária isonomia processual:

O art. 5.º, caput, e o inciso I da CF de 1988 estabelecem que todos são iguais perante a lei. Relativamente ao processo civil, verificamos que o princípio da igualdade significa que os litigantes devem receber do juiz tratamento idêntico. Assim, a norma do art. 125, n.I, do CPC teve recepção integral em face do novo texto constitucional. Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

O art. 4.º do CDC reconhece o consumidor como a parte mais fraca na relação de consumo. Portanto para ter isonomia real entre o consumidor e o fornecedor é preciso sejam adotados mecanismos como o da inversão do ônus da prova, estatuído no art. 6.º, n.VIII do CDC como princípio básico do consumidor.²⁸⁵

Entretanto, o que o princípio constitucional quer significar é a proteção da igualdade substancial, e não a isonomia meramente formal. Essa igualdade real, explicada e demonstrada cientificamente pelo direito constitucional e também pelo direito processual civil está servindo de fundamento básico para a recente corrente político-jurídica denominada no Brasil de "aplicação alternativa do direito" ou de justiça alternativa, desenvolvida por setores da magistratura do Rio Grande do Sul, que vê na igualdade substancial o instrumento para a busca da segurança e do justo.²⁸⁶

²⁸⁴CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, op. cit., p.53.

²⁸⁵NERY JUNIOR, op. cit., 7.ed., p.42.

²⁸⁶NERY JUNIOR, op. cit., 7.ed., p.44.

Na ação de recuperação judicial de empresas, além de não ser observado o tratamento isonômico entre as partes, garantindo o exame e decisão do pedido por um juiz imparcial, desconsidera a desvantagem econômica do devedor que busca no Judiciário a possibilidade de continuar a exercer a sua atividade. Exige da parte economicamente mais fraca (devedor) a produção de provas para instruir o seu pedido, as quais serão avaliadas pelos credores, parte adversa no processo. O juiz é relegado à posição de um agente passivo, homologador da decisão da assembléia de credores, contrariando a tendência processual que busca uma participação ativa do magistrado.

Entre as regras que não asseguram a real igualdade entre os litigantes, encontra-se a da plena disponibilidade das provas, reflexo de um superado liberal-individualismo, que não mais satisfaz as necessidades da empresa moderna, pois pode levar as partes a uma atuação de desequilíbrio substancial. Muitas vezes sua omissão na instrução do feito se deve a fatores econômicos ou culturais e não á intenção de dispor do direito.

Para evitar essa situação, várias medidas vêm sendo adotadas pelo legislador processual. Dentre elas, vislumbra-se o reforço do poder instrutório do juiz. A cada dia aumenta o número de defensores da idéia de que somente um comportamento ativo do julgador faz com que seja respeitado um dos princípios processuais de maior relevância social: o da igualdade real entre as partes. Trata-se de poderoso instrumento que o magistrado tem em suas mãos, que lhe possibilita corrigir as desigualdades econômicas presentes na relação processual.²⁸⁷

Sobre a necessária imparcialidade do juiz e seu poder de convencimento,
Nelson Nery Junior expõe:

Antes de ser afirmada e confirmada a competência e a imparcialidade do juiz para julgar determinada causa, não pode o magistrado ingressar no exame de questões processuais ou de mérito, sob pena de violar-se a garantia constitucional do juiz natural. A garantia implica o direito dos litigantes em ver o objeto do processo, ou seja, o conjunto das questões que devem ser julgadas pelo juiz (*thema decidendum*), ser decidido pelo juiz natural.²⁸⁸

²⁸⁷BEDAQUE, op. cit., p.97-98.

²⁸⁸NERY JUNIOR, op. cit., 7.ed., p.69.

Embora a Lei n.º 11.101/2005 reconheça que a recuperação judicial de empresas é uma ação, bem como a necessidade de seu processamento perante o Poder Judiciário, nela são violados os mais elementares princípios constitucionais que norteiam os processos.

Para Jorge Lobo, a recuperação de empresas é um instituto de Direito Econômico, caracterizado como um meio de o Estado privilegiar o interesse comum, colocando em segundo plano o interesse das partes, e conclui:

Destarte, a recuperação judicial, por ser um instituto do direito econômico, visa atender a um só tempo os interesses do devedor e de seus credores, mas também, quiçá sobretudo, os interesses coletivos e gerais, públicos e sociais, por ele diretamente e indiretamente abrangidos.²⁸⁹

A posição adotada por Jorge Lobo reflete o que deveria ser a essência da recuperação judicial de empresas, na qual restariam aplicados os princípios constitucionais não apenas da ordem econômica, mas igualmente os aplicáveis ao processo, aos direitos sociais, entre outros.

Ainda, Jorge Lobo, em obra versando sobre comentários à lei de recuperação de empresas e falências, menciona que a "recuperação judicial é um ato complexo, uma vez que pode ser considerada sob vários aspectos, pois abrange um ato coletivo processual, um favor legal e uma obrigação ex lege".²⁹⁰

Pela exposição feita quando da análise das posições adotadas sobre a natureza jurídica da recuperação judicial-contratual e processual, verificou-se a inobservância de dispositivos que regem os contratos, bem como de princípios relativos à essência do processo.

A importância da decisão do Poder Judiciário é vital para o instituto da Recuperação da Empresa, seja ela tomada do ponto de vista privatista, em que a

²⁸⁹NERY JUNIOR, op. cit., 7.ed., p.24.

²⁹⁰LOBO, Jorge. Comentários aos artigos 35 a 69 da Lei n.º 11.101/2005. In: TOLEDO, Paulo F.C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.120.

sentença proferida irá justificar a discordância ou abstinência dos minoritários, que foram vencidos. E, mais ainda, no caráter processual, em que se verifica que a ação de recuperação de empresa possui todas as características de um processo, entretanto, não observa os princípios constitucionais a eles pertinentes.

7.2 PROCEDIMENTO ADOTADO

7.2.1 Petição Inicial e Documentação que a Deverá Instruir

Diante do panorama apresentado será elaborada uma visão crítica do procedimento adotado na recuperação judicial, pelo plano normal, iniciando a abordagem pela petição inicial.

No capítulo anterior foram mencionados os documentos que devem instruir o pedido de recuperação judicial, previsto no artigo 51 da LRF²⁹¹.

²⁹¹BRASIL. Artigo 51 da LRF "I - exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico financeira;

II - as demonstrações contábeis relativas aos (3) três últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de: a) balanço patrimonial; b) demonstração de resultados acumulados; c) demonstração do resultado desde o último exercício social; d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção;

III - a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou dar, com a indicação de endereço de cada um, a natureza, a classificação, o valor atualizado do crédito, discriminando a sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;

IV - a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento;

V - certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;

VI - a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;

VII - os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;

VIII - certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas aonde possui filial;

IX- a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive a de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados."

Ao tratar dos fundamentos do instituto da recuperação judicial, Sérgio Campinho esclarece:

O instituto da recuperação vem desenhado justamente com o objetivo de promover a viabilização da superação desse estado de crise, motivado por um interesse na preservação da empresa, desenvolvida pelo devedor. Enfatize-se a figura da empresa sob a ótica de uma unidade econômica que interessa manter, como um centro de equilíbrio econômico-social. É reconhecidamente, fonte produtora de bens, serviços, empregos e tributos que garantem o desenvolvimento econômico e social de um país. A sua manutenção consiste em conservar o "ativo social" por ela gerado. A empresa não interessa apenas ao seu titular – o empresário – mas diversos outros atores no palco econômico, como os trabalhadores, investidores, fornecedores, instituições de crédito, ao Estado, em suma, aos agentes econômicos em geral. Por isso é que a solução para a crise da empresa passa por um estágio de equilíbrio dos interesses públicos, coletivos e privados que nela convivem.

A superação do estado de crise econômico-financeira vai depender da vontade dos credores do devedor[...].²⁹²

Muito embora, reconhecidamente para a atividade empresária venha convergir diversos interesses, a legitimidade ativa para o requerimento da recuperação é do empresário ou da sociedade empresária devedora, que preencha os requisitos do artigo 48 da Lei n.º 11.104/2005, para aforar o pedido de recuperação judicial, deverá comprovar a regularidade de sua situação perante o Registro Público de Empresas. Para tanto, não basta que ele possua o arquivamento de seus atos constitutivos, deverá, ainda, demonstrar que no curso da existência da sociedade, os documentos relativos à sua atividade, que por lei devem ser submetidos a registro, observaram esta exigência, a exemplo das alterações contratuais e atas de assembleias.

O pedido deverá conter a exposição da situação patrimonial do devedor e das causas concretas que geraram a crise econômico-financeira. Este diagnóstico a ser efetuado deverá partir da conceituação da empresa como atividade econômica organizada, para a produção ou circulação de bens ou serviços, analisando os problemas apresentados e a origem dos mesmos, que poderá ser interna ou externa.

²⁹²CAMPINHO, op. cit., p.120.

Como problemas internos se destacam, entre outros, o tipo de organização, a forma de administração, o valor do capital empregado, o valor imobilizado, o número de empregados e o valor comprometido com a sua remuneração, grau de endividamento, eficiência na utilização dos equipamentos, falta de planejamento. Outras vezes, a crise é gerada por problemas externos, tais como: retração do mercado, aumento da concorrência, competitividade, aumento da taxa de juros, variação do câmbio em níveis superiores aos previstos, aumento da incidência de tributos. Este levantamento é de suma importância, para posteriormente ser proposto o plano de recuperação, que deverá atacar justamente as causas da crise.

As demonstrações contábeis envolvem a apresentação do balanço patrimonial, a demonstração de lucros ou prejuízos do exercício e acumulados, demonstração das aplicações dos recursos, destinação dos lucros apresentados, relativas aos (3) três últimos exercícios sociais e outra, levantada especialmente para instruir o pedido²⁹³. Envolve, ainda, a relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção, construído a partir das entradas e saídas já realizadas, bem como as projetadas. Para a sua elaboração, as informações financeiras devem conter a análise das contas a pagar, contas a receber, os gastos fixos da sociedade. A partir da análise do fluxo de caixa, será possível avaliar a necessidade de obtenção de recursos pela empresa, para a manutenção de sua atividade. Com relação às contas bancárias e aplicações financeiras, deverão ser anexados os respectivos extratos.

A relação nominal completa dos credores, bem como o detalhamento das obrigações, tais como vencimento, classificação e a sua localização na escrituração contábil, possibilitará a visualização do montante do passivo. A relação apresentada servirá de ponto de partida, para a elaboração da lista de credores a ser publicada em edital²⁹⁴. Posteriormente, essa lista será confirmada ou alterada, pelo administrador

²⁹³BRASIL. Lei n.º 6.404/76, art. 176.

²⁹⁴BRASIL. Lei n.º 11.101/2005, art. 52 § 1.º.

judicial, observados os documentos e a escrituração contábil do devedor e as habilitações de crédito feitas pelos credores.

A relação completa dos empregados com as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento.

O pedido inicial ainda de verá ser instruído com certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial; relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive a de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.

Com relação aos sócios controladores e aos administradores do devedor, além da comprovação de sua qualidade por meio de certidão expedida pelo Registro Público de Empresas, deverá ser anexado o rol de seus bens particulares.

7.2.2 Despacho de Processamento

O artigo 52 da LRF dispõe que "estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial [...]".

Quando do recebimento do pedido e da documentação exigida, verifica-se que o magistrado irá se ater ao exame formal das razões expostas pelo autor, sem adentrar no mérito, iniciando o processo de verificação da viabilidade econômica da empresa.

Na hipótese de o pedido de recuperação não se encontrar instruído adequadamente, em razão da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, determinada pelo artigo 189 da LRF, o juiz concederá o prazo de dez dias para que o autor a emende ou a complete, nos termos do artigo 284 de citado Código.

Sobre a natureza jurídica do ato que determina o processamento da recuperação, Sérgio Campinho expõe:

Vê-se que o conteúdo do ato judicial que o artigo 52 da Lei n.º 11.101/2005 se refere é bastante parecido e visa semelhante objetivo. Embora o texto atual não se utilize da palavra 'despacho' cremos ser essa a natureza jurídica do ato que defere o processamento da recuperação judicial. É um despacho de mero expediente. Ainda que esse despacho tenha um viés decisório, o seu conteúdo vem definido e limitado em lei, dele não podendo fugir ou inovar.²⁹⁵

O despacho de processamento contém providências de ordem judicial, propriamente dita e de ordem administrativa. Entre as providências, destacam-se; (a) nomeação do administrador judicial, observados os requisitos do artigo 21 da LRF; (b) determinação da dispensa da apresentação das certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto em contratação com o poder público; (c) determinação da suspensão das ações e execuções contra o devedor, pelo prazo de 180 dias, ressalvadas as previstas nos §§ 1.º, 2.º e 7.º do artigo 6.º e as previstas no artigo 49 §§ 3.º e 4.º da LRF; (d) determinação ao devedor da apresentação de contas demonstrativas mensais, enquanto perdurar a recuperação; (e) determinação da intimação do Ministério Público e a comunicação por carta das Fazendas Federal, Estadual e Municipal, em que o devedor possuir estabelecimento.²⁹⁶ Proferido o despacho de processamento, os credores poderão requerer a convocação da assembléia geral, para a constituição do Comitê de Credores, ou para a substituição de seus membros.

Após a aceitação do encargo pelo administrador judicial nomeado, o devedor permanecerá em estado de administração controlada. Na seqüência, o juiz determinará a publicação de edital, em órgão oficial, contendo: (a) resumo do pedido do devedor e do despacho de processamento; (b) relação nominal dos credores, com o valor atualizado dos créditos e a classificação dos mesmos; (c) prazo para a

²⁹⁵CAMPINHO, op. cit., p.136.

²⁹⁶BRASIL. Lei n.º 11.101/2005, art. 52.

habilitação dos créditos, na forma do artigo 7.º, § 1.º, e para que os credores apresentem objeções ao plano nos termos do artigo 55, todos da LRF²⁹⁷.

7.2.3 Plano de Recuperação da Empresa

No prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias, a contar da data da publicação do despacho de processamento, o devedor deverá apresentar o plano de recuperação, sob pena de convalidação do pedido de recuperação judicial em falência.

O plano de recuperação deverá conter:

- I - discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o artigo 50 desta Lei, e seu resumo;
- II - demonstração de sua viabilidade econômica;
- III - laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada;²⁹⁸

Embora o artigo 53 faça remissão aos meios de recuperação enumerados no artigo 50 da LRF, o rol ali previsto é meramente exemplificativo, a descrição pormenorizada dos meios a serem empregados decorrerá de análise minuciosa da situação econômico-financeira e da detecção dos motivos que deram origem à crise enfrentada. Para a sua elaboração, o profissional especializado deverá conhecer profundamente, entre outros aspectos, o cenário em que a empresa está inserida, o seu funcionamento, as perspectivas de mercado, tipo societário adotado, a atuação de seus administradores, forma de tomada de decisões, o fluxo de caixa, tempo de constituição, regime de tributação, número de empregados, atribuições e remuneração deles, análise dos bens que compõem o ativo, da formação do passivo. Somente a partir do diagnóstico elaborado é que os especialistas poderão optar pelos meios mais eficazes.

²⁹⁷BRASIL. Lei n.º 11.101/2005, art. 52, § 1.º.

²⁹⁸Idem, art. 53.

Com a adoção dos meios sugeridos, deverá ser projetada a superação da crise, demonstrando a viabilidade econômica e estimativa de resultados a serem obtidos.

O laudo econômico-financeiro e avaliação dos bens do ativo, elaborado por profissional legalmente habilitado ou por empresa especializada, servirá de base para a compreensão das medidas propostas e demonstração da viabilidade econômica da empresa.

Em relação aos prazos de pagamento, a lei determina apenas os relativos aos créditos decorrentes da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes do trabalho, o qual não poderá ser superior a 1 (um) ano. E, para o pagamento de verbas salariais em atraso, relativas aos três últimos meses, limitadas a 5 (cinco) salários mínimos por empregado, deverá ser pago no prazo máximo de 30 (trinta) dias.

Apresentado o plano de recuperação o juiz determinará a publicação de edital, contendo aviso aos credores, sobre o início do prazo para apresentação de objeções sobre o mesmo²⁹⁹.

7.2.4 Exame e Decisão sobre o Plano de Recuperação

Objeção dos credores ao plano de recuperação apresentado pelo devedor e decisão da assembléia geral de credores - Rachel Sztain, em artigo publicado, considera que "há quem diga que os credores, porque empresários, teriam facilidade de avaliar o plano de recuperação, mas que o magistrado deverá ter acessória especializada."³⁰⁰

No prazo de 30 dias, contados da publicação da relação de credores, na forma do artigo 7.º § 2.º ou na hipótese de quando dessa publicação o devedor ainda

²⁹⁹BRASIL. Lei n.º 11.101/2005, art. 53, parágrafo único.

³⁰⁰SZTAIN, Rachel. Da recuperação judicial: comentários dos artigos 47 a 54. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.266.

não ter apresentado o plano, contados do edital previsto no artigo 53 parágrafo único ambos da LRF, qualquer credor poderá apresentar objeção ao plano.

Transcorrido o prazo previsto para a manifestação dos credores, sem a apresentação de objeções, o devedor apresentará as certidões negativas de débitos tributários e, na seqüência, será deferido o pedido de recuperação judicial.

A menção feita no artigo 57 da LRF de apresentação pelo devedor de certidão negativa dos débitos tributários não exclui a possibilidade de apresentação de certidão positiva com efeito negativo, demonstrando que os débitos foram objeto de parcelamentos ou encontram-se em fase de discussão, administrativa ou judicial, nos termos do Código Tributário Nacional, acarretando a suspensão da sua exigibilidade.

Havendo objeção de qualquer credor, o juiz convocará a assembléia geral de credores, para deliberar sobre o plano de recuperação apresentado pelo devedor. A data para a realização da assembléia não excederá o prazo de 150 (cento e cinquenta) dias contados do deferimento do processo de recuperação. Não há previsão de matéria que possa ser alegada pelo credor na objeção ao plano, nem ao menos a necessidade de motivação da mesma.

A composição e atuação da assembléia geral de credores, anteriormente especificada neste trabalho, tem por fundamento a participação ativa dos credores no processo de recuperação de empresas pelos interesses envolvidos na atividade.

Sobre a exclusão da Fazenda Pública na participação da Assembléia Geral de Credores, embora seus créditos sejam indisponíveis, entende-se que, da decisão pela aprovação ou não do plano apresentado pelo devedor, decorrerão reflexos diretamente sobre os créditos tributários.

No processo de recuperação da empresa, após a aprovação do plano, a Lei determina a necessidade de apresentação das certidões negativas, para que a recuperação seja concedida. Conforme foi mencionado, isto não significa que os créditos tributários estejam totalmente quitados, ao contrário, podem estar com sua exigibilidade apenas suspensa, em decorrência de obtenção de parcelamento, pendência de reclamações ou recursos, mandado de segurança com liminar concedida, ou outras hipóteses contempladas pela lei tributária. Em razão desta possibilidade

de suspensão do crédito tributário, entende-se o interesse da Fazenda Pública, em participar da Assembléia de Credores e do Comitê de Credores, na qualidade de credores, da qual foi pela lei excluída. Na hipótese de rejeição do plano pela assembléia geral, a falência será decretada, e os créditos tributários diretamente atingidos, em face da classificação determinada pelo art. 83.

Sobre a exclusão da Fazenda Pública, do âmbito das decisões dos credores Márcia Carla Pereira Ribeiro expõe:

A Lei nova, com a finalidade de tornar mais efetiva a participação de credores no processo de recuperação judicial e na falência, prevê, a realização de assembléias - gerais de credores e a possibilidade de eleição de membros para a constituição de um Comitê de Credores. [...]

Observa-se que a Lei não contempla nas categorias de créditos, o de natureza fazendária, levando à conclusão de que a Fazenda Pública não terá representante no Comitê. Ao se considerar que os créditos tributários passam a estar sujeitos aos efeitos da falência, pode parecer inadequada a posição da Lei que não permite à Fazenda Pública fazer-se representar no Comitê de Credores. Pode-se concluir que, uma vez reivindicado pelas Fazendas Públicas, deverá o Juiz, em conformidade com o princípio da isonomia, reconhecer a possibilidade de os credores fazendários indicarem um representante, da mesma forma como é garantida aos credores trabalhistas a indicação.³⁰¹

Em conclusões, a autora antes citada, afirma:

Quanto aos aspectos de disciplina dos créditos fazendários encontrados na Lei n.º 10.101/2005, conclui-se:

[...]

Não há previsão de participação de poder de voto da Fazenda pública na Assembléia Geral de Credores, assim como na constituição do Comitê de Credores. Diante do novo quadro que sujeita expressamente os créditos fazendários à ordem de classificação da falência, esta posição legislativa deverá ser revista pelos Tribunais que deverão, em razão de um juízo de equidade, reconhecer a possibilidade de participação da Fazenda Pública, por seus representantes, nos órgãos de representação de credores.³⁰²

³⁰¹RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. Empresa, fazenda pública e a nova lei de recuperação. **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n.3, p.25-43, jan./jun. 2005.

³⁰²RIBEIRO, op. cit., p.43.

Ao considerar a participação dos credores nas decisões sobre a aprovação do plano de recuperação, em decorrência dos interesses envolvidos na empresa, verifica-se, ainda, a ausência de participação dos empregados que continuam prestando serviços à empresa, entretanto, não possuem valores pendentes de pagamento. A lei é enfática ao estabelecer a participação dos credores trabalhistas e por acidentes de trabalho, entretanto, ignora que tais trabalhadores, geralmente, já foram demitidos da sociedade devedora, razão pela qual têm seus créditos apurados. Os interesses envolvidos no relacionamento da sociedade devedora com esta classe de credores, que em caso de decretação de falência terão o pagamento de seus créditos priorizados, é diverso daqueles trabalhadores que ainda têm por meta a manutenção do emprego. Sente-se a falta da representatividade dos empregados nos órgãos da recuperação da empresa.

Nessa mesma linha de raciocínio, em caso de pedido de recuperação das sociedades anônimas pode-se apurar a ausência de participação dos titulares de ações preferenciais. Estes acionistas não possuem direito de voto na assembléia geral da sociedade anônima que decidiu sobre o pedido de recuperação e também não possuem direito de voto na Assembléia Geral de Credores, embora possuam a expectativa de recebimento de seus haveres, em face da dissolução da sociedade. O artigo 43 da LRF, sobre a participação dos acionistas determina:

Art. 43 - Os sócios do devedor, bem como as sociedades coligadas, controladoras, controladas ou as que tenham sócios ou acionistas com participação superior a 10% (dez por cento) do capital social do devedor ou em que o devedor ou alguns de seus sócios detenham participação superior a 10.% (dez por cento) do capital social, poderão participar da assembléia-geral de credores, sem ter direito a voto e não serão considerados para fins de verificação do quorum de instalação ou de deliberação.

Portanto, verifica-se a falta de tratamento isonômico entre as partes envolvidas na sociedade que pleiteia a sua recuperação.

Sobre a decisão da Assembléia-Geral de Credores, que possui poderes decisórios sobre o destino da empresa, Mauro R. Penteado questiona:

Mas a quem compete dizer se a empresa está ou não cumprindo adequadamente a sua função social, ou se devem ou não ser adotadas medidas próprias para que se mantenha como eixo produtor de riquezas, mesmo ao enfrentar dificuldades críticas? No caso da Lei 11.101/2005 parece que tão importante decisão caberá apenas aos credores, [...] ³⁰³

O questionamento acima traduz o que o autor denomina "*A antítese função social da empresa versus soberania dos credores, nas recuperações*". A soberania dos credores, em nosso direito, não é novidade, os diplomas legais que antecederam o Decreto-lei n.º 7.661/1945 já a contemplavam. A adoção da concordata pelo antigo decreto-lei, como um favor legal concedido pelo Estado, mediante o Poder Judiciário, teve como objetivo corrigir as distorções do regime que lhe antecedeu.

A Lei atual resgata os poderes atribuídos aos credores, por meio da assembléia-geral de credores, cujas atribuições enumeradas no artigo 35 da LRF, cabe destacar "aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação apresentado pelo devedor" e o poder de rejeitar a desistência do pedido de recuperação apresentado pelo devedor, mesmo que este entenda superada a crise econômico financeira. De maneira informal, e por analogia, pode-se mencionar que os poderes de decisão sobre "*a vida ou a morte do devedor*", que eram atribuídos ao credor na Antigüidade, nos primórdios do tratamento da execução do devedor insolvente, foram atribuídos, na lei em vigor, à assembléia geral de credores, tendo em vista que a decisão sobre a continuação da empresa ou a decretação da sua falência depende da decisão dos credores.

A assembléia-geral que aprovar o plano de recuperação poderá indicar os membros do comitê de credores. Para exame do plano de recuperação apresentado pelo devedor, a assembléia-geral de credores deverá ser convocada pelo juiz por edital, publicado no órgão oficial, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias e observar o seguinte:

³⁰³PENTEADO, op. cit., p.72.

"*Quorum*" de instalação:

- a) Em primeira convocação a assembléia se instalará com credores que representem mais da metade dos créditos de cada classe, computados pelo valor;
- b) Não verificado o "*quorum*" acima, deverá ser publicado novo edital convocatório, sendo que a assembléia não poderá se instalar em segunda convocação, num prazo inferior a 5 (cinco) dias depois da primeira.

"*Quorum*" de deliberação: todas as classes de credores previstas deverão aprovar, observado:

- a) Na classe dos credores trabalhistas a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes à assembléia independente do valor;
- b) Nas classes de credores com garantia real e dos credores quirografários e os a eles equiparados, 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;
- c) Apenas os credores que tiverem as condições pagamento de seu crédito alteradas pelo plano de recuperação apresentado terão o direito a voto e serão considerados para fins de composição do *quorum* necessário.³⁰⁴

Na composição do quorum de instalação e de deliberação, de conformidade com o artigo 39 da lei, baseado no quadro geral de credores, ou, se este ainda não estiver concluído, no rol de credores apresentado pelo administrador ou, ainda, no rol apresentado pelo devedor, Manoel Justino Bezerra Filho, sobre o risco que o legislador resolveu correr adotando tal postura, menciona:

³⁰⁴BRASIL, Lei n.º 11.101/2005, art. 45 e §§.

Pode ocorrer o fato de instalar-se assembleia geral para deliberar sobre questao pendente e, no momento da instalacao ainda não ter sido elaborado o quadro de credores. Em tal caso a lei prevê que, os habilitados a votar serão aqueles relacionados no edital que o administrador houver publicado (§ 2.º do art. 7.º) contendo os nomes dos credores que apresentaram suas habilitações. Existe aí um risco muito grande, pois eventualmente pode ser decisivo o voto de alguém que se apresentou como credor e que, posteriormente, vem a se verificar não ter qualquer crédito. De qualquer forma, parece que é um risco que a Lei resolveu correr, para viabilizar a realizacao da assembleia.³⁰⁵

Márcia Carla Pereira Ribeiro comenta a atribuicao do direito de voto na Assembleia-Geral de Credores, na falencia que, entretanto, possui aplicabilidade também na recuperacao judicial:

Há uma preocupacao na Lei no que diz respeito ao direito de voto dos credores, uma vez que, conforme a fase em que se realize a assembleia, os credores poderão estar com suas habilitações confirmadas, ou em trâmite ou impugnadas. Vale dizer, a relacao de votantes pode ser diversa em cada uma das assembleias. Os parâmetros trazidos no art. 39 são: os integrantes do quadro geral de credores – que pressupõe uma fase mais avançada da falencia – a relacao de credores apresentada pelo administrador judicial, antes dela, a relacao apresentada pelo falido, esta sempre acrescida dos que estejam habilitados, créditos admitidos ou alterados por decisao judicial, inclusive por credores por reserva de bens. Como a relacao de credores com direito a voto pode vir a ser alterada no decorrer da falencia, a Lei estabelece que as deliberacoes não sejam invalidadas em razao de posterior decisao judicial modificadora da condicao de credor. Se a invalidacao for da deliberacao, o § 3.º ressalva o direito de terceiros de boa-fé e a responsabilidade dos credores que tenham aprovado a deliberacao desastrosa de má-fé.³⁰⁶

O plano de recuperacao apresentado pelo devedor poderá sofrer alteracoes na assembleia geral, mediante a concordancia do devedor e em termos que não impliquem diminuicao dos direitos exclusivamente de credores ausentes. Esta determinacao disposta no artigo 59 § 1.º da LRF subordina a aprovacao do plano alterado ou a aprovacao do plano alternativo apresentado na assembleia geral de

³⁰⁵BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperacao de empresas e falencias** - comentada. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.125.

³⁰⁶RIBEIRO, op. cit., p.36.

credores à expressa concordância do devedor. Nestas hipóteses, o devedor terá duas alternativas, concordar com as alterações ou com o novo plano proposto, ou recusar, fato que acarretará a decretação da sua falência, em face da rejeição do plano por ele apresentado, conforme determina o § 3.º do artigo citado.

Mauro R. Penteado, na obra citada anteriormente, menciona:

Ainda que a recuperação judicial não mais se constitua direito unilateral ou potestativo do devedor, um "favor legal", como afirmavam os comentadores do Dec.-lei 7661/1945, parece demasiado atribuir aos credores, sem os necessários contrapesos, a competência para avaliar e deliberar soberanamente sobre a "superação da situação de crise econômico-financeira do devedor [...] a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores [...] a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica." (art. 47, c.c. arts. 55 e 56). Afinal, a ninguém é dado ignorar o peso do poder econômico do mercado e a necessidade de contrabalançar essa realidade insuprimível, exteriorizada em seus vários seguimentos.³⁰⁷

Da homologação judicial da decisão da assembléia-geral de credores que examina o plano de recuperação judicial da empresa - O juiz concederá a recuperação judicial do devedor, desde que cumpridas as exigências legais e que o plano não tenha sofrido objeções pelos credores. Na hipótese de terem ocorrido objeções, dependerá da aprovação pela assembléia-geral de credores, nos termos do artigo 45 e seus §§ da LRF, com observância do *quorum* de instalação e aprovação, anteriormente mencionados.

A Lei n.º 11.101/2005 faz a previsão de uma forma alternativa de aprovação do plano de recuperação apresentado, desde que cumulativamente tenha obtido o voto favorável de credores que representem mais da metade de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classe; ter obtido a rejeição, nos termos do artigo 45, por apenas uma das classes votantes e, nesta classe ter obtido

³⁰⁷PENTEADO, op. cit., p.73.

o voto favorável de pelo menos 1/3 dos credores, computados na forma do artigo 45, §§ 1.º e 2.º da Lei.³⁰⁸

A Lei nº 11.101/2005 ao adotar como critério para a concessão da Recuperação Judicial a aprovação do plano pela assembleia-geral de credores, na forma prevista no artigo 45 e seus parágrafos ou na hipótese alternativa oferecida pelo artigo 58 § 1º e 2º, consagrou a primazia da vontade dos credores sobre as garantias constitucionais do processo. A decisão do magistrado, esteja ela embasada numa, ou noutra alternativa prevista (artigo 45 e seus §§ ou artigo 58 e seus §§) não permite a realização de um juízo de valor sobre o mérito da questão que foi colocada *sub judice*, proferida de forma independente, com base nas provas produzidas nos autos. Ela se limitará a observância de *quorum* de credores, obtido em assembleia-geral com poderes deliberativos.

Sobre este desprezo a análise do mérito, na concessão ou rejeição da recuperação judicial, Eduardo Secchi Munhoz, ressalta.

Não cabe ao juiz, portanto, nenhuma margem de discricionariedade a respeito da matéria ou, em palavras mais precisas, não há na lei, quanto a esse aspecto, conceitos abertos (chamados conceitos indeterminados) que confirmam ao juiz margem de ampla interpretação para a emissão dos respectivos juízos de legalidade. Assim, uma vez preenchidos os requisitos da Lei, que nesse aspecto não adota nenhuma cláusula aberta ou conceito indeterminado, e aprovado o plano pelos credores, cumpre ao juiz conceder a recuperação; se, por outro lado, não se configurar tal hipótese, cabe ao juiz decretar a falência.

A verificação no caso concreto, portanto, da viabilidade da recuperação do devedor e do atendimento dos objetivos alinhados pelo art. 47 não cabe ao juiz, mas deverá resultar do processo de negociação entre devedor e credores estritamente regulado pela Lei. O modelo adotado, as exemplo do que hoje se verifica na maioria dos países, afasta-se do sistema francês, para aproximar-se do sistema norte-americano.³⁰⁹

O sistema adotado pelo direito brasileiro, embora baseado no sistema francês e no norte-americano, afasta-se de ambos no que tange à excessiva autonomia concedida à vontade dos credores. No sistema francês, conforme

³⁰⁸BRASIL. Lei 11.101/2005, art. 58, 61, e seus §§.

³⁰⁹ MUNHOZ. Eduardo Secchi. Do plano de recuperação judicial. In SOUZA JUNIOR. Francisco Sátiro. PITOMBO. Antonio Sérgio A. de Moraes. (coord.) **Comentários à Lei de recuperação de empresas e Falência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2ª ed. 2007. p.287.

mencionado no tópico específico sobre o direito comparado, atribui ao juiz, após exame de pareceres e relatórios apresentados pelo administrador judicial, decidir pela concessão da recuperação da empresa ou pela decretação de sua falência. O autor antes mencionado, sobre a decisão da matéria e o interesse público envolvido na preservação da empresa, no direito francês, expõe

O juiz, portanto, deverá decidir a matéria, tendo em vista o interesse público na preservação da empresa viável, ou na liquidação da empresa inviável, substituindo-se a vontade das partes envolvidas no processo. Nesse modelo, parte-se da premissa de que a autoridade judicial é o melhor intérprete do interesse público, não se confiando na vontade das partes envolvidas no processo para se chegar ao resultado vantajoso para toda a sociedade.³¹⁰

E, quanto ao sistema norte-americano, anteriormente analisado, verifica-se que os credores envolvidos no processo, poderão manifestar-se sobre o plano proposto para a recuperação da empresa, entretanto, a competência do magistrado para proferir a decisão, não é anulada, e poderá suplantar a vontade dos credores. Neste sentido, Eduardo Munhoz, ressalta

O Chapter 11 do Bankruptcy Code, de 1978, baseia-se num sistema de negociação entre credores e devedores, fortemente regulado pela lei, outorgando, por outro lado, prerrogativas ao juiz para superar a vontade dos credores (*cram down*), desde que presentes determinados requisitos, com o objetivo de evitar a prevalência de posições individualistas sobre o interesse da sociedade na preservação da empresa.³¹¹

Carlos Henrique Abrão em exame dos poderes e deveres do magistrado na Lei nº 11.101/2005, estabelece que eles consistem na análise inicial do pedido e na homologação da decisão da assembléia e, em comparação com a legislação de outros países, salienta

Não podemos deixar de anotar que as legislações estrangeiras atribuem ao Magistrado um poder quase soberano – como nos Estados Unidos da América, na Espanha, na França e Alemanha -, porquanto o juiz pode efetivamente desclassificar créditos, reduzir valores, impor o plano, e retirar privilégios de credores tributários, fiscais e congêneres, o que não sucede no direito concursal brasileiro.

³¹⁰ [MUNHOZ. Eduardo Secchi. Do plano de recuperação... p.287.](#)

³¹¹ [MUNHOZ. Eduardo Secchi. Do plano de recuperação...p.288](#)

As manifestações do magistrado ao longo do procedimento de recuperação terão caráter individual, quando acontecer qualquer deliberação, despachos de natureza coletiva, ao homologar e aprovar as manifestações da assembleia, do comitê, ou se demonstrar uma complexidade no ato a ser verificado.³¹²

O professor Jorge Lobo, em sua análise, considera os malefícios da aprovação de um plano de recuperação mal estruturado, que não poderá conduzir a empresa a sua efetiva recuperação. Tal fato parece-nos menos prejudicial do que a rejeição do plano de recuperação da empresa pela assembleia geral de credores, sem o exame abalizado do mesmo, ocasionando a decretação da falência do devedor. O risco da aprovação de um plano de recuperação inconsistente poderá ser revertido com a posterior decretação da falência, embora amplie o prejuízo dos credores. Entretanto, na situação inversa, conforme por nós referida, teremos a vontade dos credores vencidos suprida pela decisão da maioria, homologada pela sentença proferida pelo juiz. Uma sentença de natureza constitutiva, que irá gerar alterações em relação à pessoa e aos bens do falido, aos seus atos, aos seus contratos e aos direitos dos credores. Agravado pela situação que, uma vez decretada a falência, não terá o falido condições de suspender os seus efeitos e retomar a sua atividade, se no curso do processo tornar-se evidente o erro da decisão dos credores.

A sentença que denega o pedido de recuperação judicial e decreta a falência, proferida nas condições acima mencionadas, não observa os princípios da motivação das decisões judiciais, da livre investigação, da livre apreciação das provas e do livre convencimento. A documentação e os estudos efetuados e anexados ao processo não terão a garantia de seu exame, sequer superficial, pois basta a vontade da maioria de uma das classes estar irredutível, mesmo sem motivação jurídica e econômica com relação à concessão da recuperação judicial, que a falência será decretada.

³¹² ABRÃO. Carlos Henrique. O papel do Judiciário na Lei 11.101/2005. in CASTRO. Rodrigo R. Monteiro de. ARAGÃO. Leandro Santos de. **Direito Societário e a nova Lei de Falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin. 2006.p.166-7

A sentença que denega o pedido de recuperação judicial e decreta a falência, proferida nas condições acima mencionadas, não observa os princípios da motivação das decisões judiciais, da livre investigação, da livre apreciação das provas e do livre convencimento. A documentação e os estudos efetuados e anexados ao processo não terão a garantia de seu exame, sequer superficial, pois basta a vontade da maioria de uma das classes estar irredutível, mesmo sem motivação jurídica e econômica com relação à concessão da recuperação judicial, que a falência será decretada.

A decisão judicial que conceder a recuperação constituirá título executivo judicial e implicará novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e os credores, aos termos propostos. Na hipótese de decretação da falência, os créditos serão reconstituídos aos termos originariamente contratados, deduzidos eventuais pagamentos efetuados e ressalvados os atos juridicamente válidos praticados no âmbito da recuperação judicial.³¹³

Sérgio Campinho, ao comentar sobre a decisão que concede a recuperação judicial, expõe:

A decisão judicial que conceder a recuperação constituirá título executivo judicial, nos termos do artigo 584, inciso III, do Código de Processo Civil (§ 1.º do artigo 59), o que nos leva a sustentar o seu caráter homologatório, muito embora, a lei evite usá-lo, em várias passagens. Na verdade, depois de verificada a sua legalidade, limita-se o juiz a cancelar o plano de recuperação, que tem natureza, como sustentado, de um contrato judicial.³¹⁴

³¹³BRASIL. Lei 11.101/2005, art. 59.

³¹⁴CAMPINHO, op. cit., p.170.

Fabio Ulhoa Coelho, ao tratar da homologação do plano de recuperação pela Assembléia Geral de Credores, adverte:

A consistência do plano de recuperação judicial é essencial para o sucesso da reorganização da empresa em crise. Só se justifica o interesse imediato dos interesses dos credores e, na larga medida, da sociedade brasileira como um todo, derivado da recuperação judicial, se o plano aprovado pela Assembléia Geral de Credores for consistente. Se ele vai funcionar ou não é outro problema.

[...]

Pressupõe a lei que a possibilidade de aprovação de um plano inconsistente está afastada porque são os credores que o aprovam em assembléia.

[...]

Diante desse quadro, fica fácil perceber se o devedor submeter à assembléia dos credores um blá-blá-blá como provavelmente ninguém terá um plano alternativo a oferecer, a tendência será a de aprovação de um plano vazio de conteúdo.

[...]

Pela lei brasileira, os juízes, em tese, não poderiam deixar de homologar os planos aprovados pela Assembléia dos credores, quando alcançado o quorum qualificado pela lei. Mas, como a aprovação de planos inconsistentes levará à desmoralização do instituto, sentendo, que, sendo o instrumento aprovado um blá-blá, blá incontestes, o juiz pode deixar de homologá-lo e de incumbir o administrador judicial, por exemplo, de procurar construir com o devedor e os credores mais interessados, um plano alternativo.³¹⁵

Sobre o *blá-blá-blá* mencionado pelo autor acima citado, Leandro Santos de Aragão complementa:

o problema aqui proposto não é jurídico: é econômico, financeiro, de administração financeira, de engenharia financeira, enfim, de qualquer outra coisa, menos jurídico. Por isso, o juiz tem de estar muito bem assessorado ou, se for o caso, tem de ter a consciência para viabilizar uma saída técnica para o embrólio (p. ex. utilizando um preito, de preferência, observadas as circunstâncias do caso, peritos, no plural mesmo, como permite o artigo 431-C do CPC, aplicável por força do artigo 189 da LFRE).³¹⁶

³¹⁵COELHO, **Comentários...**, p.162-163.

³¹⁶ARAGÃO, Leandro Santos. Assembléia geral de credores: e agora? Um diálogo sobre a comunhão de credores e o direito societário. In: CASTRO. Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). **Direito societário e a nova lei de falências e de recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p 298.

No artigo 56 § 4.º da Lei n.º 11.101/2005 tem-se expressamente que, rejeitado o plano de recuperação pela assembléia geral, o juiz decretará a falência do devedor. Nesta hipótese também se verifica a atividade judicial como de mera homologação da decisão da assembléia geral, pois ao magistrado caberá apenas a verificação formal da observância dos requisitos legais e do cumprimento do *quorum* estabelecido, sem adentrar ao exame do mérito do plano proposto.

Da decisão que conceder a recuperação ou decretar a falência, caberá agravo, na modalidade de instrumento. Interposto o agravo, ao Tribunal caberá somente examinar a matéria que embasou a decisão, ou seja, o preenchimento dos requisitos previstos em lei para obtenção da recuperação e a verificação do *quorum* para aprovação ou rejeição do plano apresentado, esta última, com a conseqüente decretação da falência do devedor.

Sendo proferida a sentença que decreta a falência, em face do acolhimento da decisão da assembléia geral de credores, ao empresário ou sociedade empresária falida restará a possibilidade de interpor recurso de Agravo de Instrumento, observados os prazos e procedimento determinado pelo artigo 522 e seguintes do Código de Processo Civil. Formalmente está garantido o duplo grau de jurisdição. Entretanto, qual será o papel do Tribunal? Ele também estará restrito à verificação dos requisitos do art. 51 e a verificação do cumprimento do quorum de instalação e de deliberação da assembléia que rejeitou o plano? A minimização da atuação não apenas do juízo de primeiro grau, mas igualmente a do Tribunal, expõe os julgadores a função de meros escrutinadores, contando e recontando votos de uma assembléia soberana.

Pelo exposto pode-se concluir que, se os credores estiverem devidamente organizados, contratando um especialista para a análise do plano proposto ou para a apresentação de alterações ou de um plano alternativo, o voto poderá ter uma fundamentação técnica. Entretanto, não sendo prevista em lei a necessidade de fundamentação da objeção proposta, em parecer especializado, podem os credores simplesmente votar sem um exame abalizado de toda a documentação que instruiu a elaboração do plano de recuperação e a sua real viabilidade econômica. Nesta

última hipótese, caso o plano seja simplesmente rejeitado, a falência do devedor será declarada, mediante homologação da decisão da assembléia, sem um exame do mérito do pedido. Na hipótese de o devedor recorrer desta decisão, o Tribunal se limitará a examinar as questões meramente formais que podem ser suscitadas, tais como a verificação do *quorum* estabelecido para a assembléia, ignorando, também, o mérito do trabalho técnico apresentado.

Questão igualmente preocupante, e tema da presente pesquisa, é justamente ao contrário da preocupação demonstrada pelos autores acima citados. Preocupa-nos sobremaneira a rejeição do plano apresentado, independentemente de parecer técnico e exame abalizado, decretando a falência do empresário ou sociedade empresária que pleiteou a sua recuperação judicial e, por uma sentença carente de fundamentação, terá sua falência decretada.

8 PREVALÊNCIA DA VONTADE DOS CREDORES SOBRE AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

No desenvolvimento da pesquisa sempre esteve presente a preocupação de uma análise sistêmica do tema abordado. Inicialmente, contextualizando a evolução da matéria comercial até chegar ao estudo da empresa, destacando o tratamento dispensado nas diversas fases do direito comercial, ao problema da insolvência. Esta abordagem, em nível de direito brasileiro, considerou a matriz constitucional que regia a ordem econômica, ao tempo da vigência do Decreto-lei 7661/1945 – da Constituição de 1937 à Constituição de 1988. Em relação à Constituição vigente, partiu-se da análise dos fundamentos e princípios da ordem econômica, para demonstrar a inadequação do diploma falimentar anterior e as diretrizes aguardadas para a atual Lei. Não bastassem os princípios constitucionais invocados, o Senador Ramez Tebeth, ao elaborar o seu relatório sobre projeto de lei apresentado, tomou por base princípios que, segundo ele, nortearam a redação final da lei aprovada.

A opção pela abordagem principiológica do instituto da recuperação judicial, deu-se em função da diversidade de posicionamentos encontrados, os quais não se limitam a uma discussão meramente acadêmica, mas têm influência direta na aplicação deste instituto, com reflexos na economia nacional. Sobre a interpretação que toma por base os princípios constitucionais, Luiz Roberto Barroso, expõe:

O ponto de partida do intérprete há de ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins.

[...] a atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.

[...] É importante assinalar logo de início, que já se encontra superada a distinção que outrora se fazia entre norma e princípio. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: normas-princípio e normas – disposição. As normas-disposição,

também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente, princípios, que têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema.³¹⁷

Citado autor, sobre a validade da interpretação constitucional, ressalta que toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental.³¹⁸

E, complementando a posição acima mencionada, Celso Antonio Bandeira de Mello, ensina que "Princípio é o mandamento nuclear de um sistema, violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma".³¹⁹

Nelson Nery Junior ressalta a mudança cultural que nos levou a ter na Constituição o ponto de partida para a solução de problemas surgidos nos casos concretos, quando a legislação infraconstitucional é obscura ou contraditória:

Era muito comum, pelo menos até há bem pouco tempo, interpretar-se e aplicar-se determinado ramo do direito tendo-se em conta apenas a lei ordinária principal que o regulamenta. Assim, o civilista, via no Código Civil a única norma que deveria ser consultada na solução de problemas naquela área, o mesmo ocorrendo com o processualista (civil, penal e trabalhista), com o penalista, com o comercialista.³²⁰

Isto se deve a um fenômeno cultural e político por que passou e tem passado o Brasil ao longo de sua existência. Referimo-nos ao fato de o País ter tido poucos hiatos de tempo em Estado de Direito, em regime democrático, em estabilidade política, enfim.

[...]

³¹⁷BARROSO, op. cit., p.141.

³¹⁸BARROSO, op. cit., p.150.

³¹⁹BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: RTs, 1986. p.230, apud BARROSO, op. cit., p.143.

³²⁰NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 5.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.19-20.

A alegação de ofensa à Constituição em países com estabilidade política e em verdadeiro Estado de Direito, é gravíssima, reclamando a atenção de todos, principalmente da população. Entre nós, quando se fala por exemplo, em juízo, que houve desatendimento da Constituição, a alegação não é levada a sério na medida em e na extensão que deveria, caracterizando-se, apenas, ao ver dos operadores do direito, como mais uma ofensa que o interessado opõe à contraparte.

[...]

O intérprete deve buscar a aplicação do direito ao caso concreto, sempre tendo como pressuposto o exame da Constituição Federal. Depois sim, deve ser consultada a legislação infraconstitucional a respeito do tema.

Caso a lei infraconstitucional esteja em desacordo com o texto constitucional, não deve por óbvio, ser aplicada.³²¹

A indignação com a inobservância de princípios constitucionais vetores da atividade econômica, dos princípios constitucionais aplicáveis ao processo, dos princípios que, segundo o relator Senador Ramez Tebhet, orientaram a elaboração da Lei n.º 11.101 – cuja crítica foi exposta nos capítulos antecedentes –, buscou-se uma resposta que desse um tratamento isonômico às partes no processo de Recuperação Judicial da Empresa, evitando que o Poder Judiciário figurasse meramente como um órgão homologador da decisão tomada pela Assembléia Geral de Credores, que aceita ou rejeita o plano de Recuperação Judicial da Empresa. Pela análise procedida, quer seja considerada a recuperação judicial da empresa um contrato judicial, quer um processo judicial, a violação ao princípio do tratamento isonômico entre as partes está presente.

Aos que a consideram um contrato judicial, partindo dos ensinamentos de Enzo Roppo, sobre a função instrumental do contrato, conclui-se que a ação de recuperação judicial da empresa seria o instrumento por meio do qual as partes buscam a preservação da atividade economicamente viável. Uma das partes seria o empresário ou a sociedade empresária devedora, que busca a recuperação da sua empresa, e a outra parte os credores, excetuados os fiscais. A manifestação da vontade dos credores é expressa pelo *quorum* obtido na assembléia geral, convocada para

³²¹NERY JUNIOR, op. cit., 7.ed., p.19-20.

votação do plano de recuperação proposto. Este quorum não é representado pela unanimidade dos credores, donde se conclui que a vontade dos discordantes e dos ausentes será suprida pela homologação judicial. Por outro lado, ao devedor, em caso de proposta de alteração do plano proposto ou de apresentação de plano alternativo, só resta a alternativa de concordar, sob pena de ter a sua falência decretada. Ou ainda mais, em caso de rejeição do plano, não lhe resta sequer a oportunidade de requerer ao Judiciário o deferimento do exame por perito habilitado, do plano e da documentação com a qual ele instruiu o pedido. Torna-se flagrante a sua hipossuficiência diante da alternativa imposta. Aos credores, o poder de decisão, ao devedor o direito de concordar?

Jorge Lobo, discordando da posição adotada por Lídia Valério Marzagão, para quem a partir da vigência da nova lei não haverá mais dúvida sobre a natureza contratualista da recuperação judicial, afirma:

[...] o instituto da recuperação judicial da empresa não é um contrato, porque o contrato só obriga àqueles que a ele aderirem, tácita ou expressamente, o que não ocorre na recuperação judicial, porque ela: 1.º) suspende o curso de todas as ações e execuções em face do devedor, independe da vontade dos credores; 2.º) obriga a todos os credores a ela sujeitos", inclusive os credores ausentes, os que se abstiveram de votar e os dissidentes, vencidos na assembléia geral de credores; 3.º) nova os créditos anteriores ao ajuizamento da ação, com sacrifício do direito dos credores, embora, eventualmente, sob protestos; 4.º) mesmo não havendo unanimidade na votação, por classes, o juiz pode homologar o plano impondo-o á classe dissidente, se preenchidos os requisitos do art. 58 §§ 1.º e 2.º, da LRE, etc.³²²

Verificando a Recuperação Judicial da Empresa do ponto de vista publicista que a entende como um processo, verifica-se a inobservância dos princípios da igualdade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, do direito de produzir provas e da imparcialidade do juiz (no caso, da assembléia geral que em última análise é quem possui os poderes de decisão).

³²²LOBO, Comentários..., p.122.

O professor Jorge Lobo, em sua análise, considera os malefícios da aprovação de um plano de recuperação mal estruturado, que não poderá conduzir a empresa a sua efetiva recuperação. Tal fato parece-nos menos prejudicial do que a rejeição do plano de recuperação da empresa pela assembléia geral de credores, sem o exame abalizado do mesmo, ocasionando a decretação da falência do devedor. O risco da aprovação de um plano de recuperação inconsistente poderá ser revertido com a posterior decretação da falência, embora amplie o prejuízo dos credores. Entretanto, na situação inversa, conforme por nós referida, teremos a vontade dos credores vencidos suprida pela decisão da maioria, homologada pela sentença proferida pelo juiz. Uma sentença de natureza constitutiva, que irá gerar alterações em relação à pessoa e aos bens do falido, aos seus atos, aos seus contratos e aos direitos dos credores. Agravado pela situação que, uma vez decretada a falência, não terá o falido condições de suspender os seus efeitos e retomar a sua atividade, se no curso do processo tornar-se evidente o erro da decisão dos credores.

A sentença que denega o pedido de recuperação judicial e decreta a falência, proferida nas condições acima mencionadas, não observa os princípios da motivação das decisões judiciais, da livre investigação, da livre apreciação das provas e do livre convencimento. A documentação e os estudos efetuados e anexados ao processo não terão a garantia de seu exame, sequer superficial, pois basta a vontade da maioria de uma das classes estar irredutível, mesmo sem motivação jurídica e econômica com relação à concessão da recuperação judicial, que a falência será decretada.

Esse posicionamento da legislação vigente fará com que na elaboração do plano de recuperação da empresa, muito mais do que as medidas que efetivamente forem necessárias para retirá-la da crise econômico-financeira em que ela se encontra, se utilizem atrativos para angariar o voto favorável dos credores, numa efetiva "barganha", na modalidade definida na teoria dos jogos.

Para a correção dessa distorção, reconhecida a importância do juiz no procedimento, deverá este em suas decisões observar os princípios específicos e

constitucionais que norteiam a matéria. Não se pode ter no magistrado um órgão meramente homologador, sem poderes de examinar e decidir sobre as provas vitais para a determinação da viabilidade econômica ou não, da empresa, fundamento central para a concessão da recuperação judicial.

O artigo 47 da Lei n.º 11.101/2005 salienta a função social da empresa, mas na forma com que se encontra redigida a lei, quem tem poderes para avaliar (mesmo sem justificar a sua opção) são apenas os credores.

Ainda, Jorge Lobo, em obra versando sobre comentários à lei de recuperação de empresas e falências, menciona que a "recuperação judicial é um ato complexo, uma vez que pode ser considerada sob vários aspectos, pois abrange um ato coletivo processual, um favor legal e uma obrigação ex lege."³²³ E, ao tratar do papel da Magistratura no novo direito concursal, examinando o anteprojeto de lei, cuja participação do juiz não sofreu alterações, o citado autor acentua:

Não obstante tantas vezes mencionada a sua participação no processo, em momentos capitais o juiz não passa de um órgão meramente homologador das decisões da assembléia geral de credores conforme art. 7.º e seus §§ 2.º a 5.º, em que se lê: " a decisão da assembléia geral, que aprovar a proposta e o plano de recuperação (caput e § 2.º) será submetida à homologação do juiz (§ 3.º) ! Caso a assembléia geral não aprove a proposta e o plano de recuperação, não cabe recurso ao interessado! (§ 2.º do art. 8.º).

É evidentíssimo que limitar a participação do juiz à homologação das deliberações da assembléia de credores é amesquinhar a função do Poder Judiciário no processo de falência e de concordata, pois como é sabido, homologar é ratificar, aprovar, confirmar um outro ato, dando-lhe eficácia legal e, conforme o caso, força obrigatória.

No ato da homologação, a atividade jurisdicional, afora expressa previsão legal, cinge-se à mera verificação do cumprimento de formalidades extrínsecas, não adentrando, pois, no exame do mérito da decisão homologada.

Por conseguinte, a função atribuída pelo Anteprojeto ao juiz avilta e a pequena, injustificadamente, a participação do Poder Judiciário nos processos concursais, o que é intolerável e deve por todos ser repudiado.³²⁴

³²³LOBO, Comentários..., p.120.

³²⁴LOBO, **Direito concursal**, p.225.

Em conclusão entende-se que, diante da inobservância dos preceitos constitucionais antes mencionados, pelo artigo 56 § 4.º da Lei n.º 11.101/2005³²⁵, rejeitado o plano de recuperação da empresa apresentado pelo empresário ou pela sociedade empresária devedora, sem exame convincente das provas trazidas ao processo, deverá o juiz determinar a realização de prova pericial, com o objetivo de verificar a possibilidade de recuperação da empresa e a garantia de pagamento aos credores, tendente a verificar a situação econômico-financeira do devedor e a pertinência da proposta apresentada, guardando consonância com as precauções necessárias à realização desta prova, tais como indicação de assistentes, formulação e de quesitos, posteriormente abrindo vistas as partes para manifestação sobre o laudo apresentado. Desta forma, poderá embasar a sua decisão, a qual não necessitará obrigatoriamente homologar a decisão da assembléia geral de credores. Em apoio a este posicionamento por nós adotado, ressaltam-se os ensinamentos de José Cretela Neto, sobre o princípio da livre apreciação das provas pelo juiz:

O juiz está limitado pelos elementos constantes nos autos (*quod non est in actis non est in mundo*), constantemente submetidos ao crivo do contraditório, não apenas durante os procedimentos probatórios, mas também, no seu conjunto, por meio de debates e memoriais. Além disso a lei exige do juiz: a) que fundamente o despacho. Ao ordenar as diligências que considera necessárias à instrução do feito, bem como aquele que indefere diligências que considera inúteis ou protelatórias; b) que indique as razões de seu convencimentos, analisando as provas que se baseou e porque lhes atribuiu o valor com que foram levadas em conta; e c) faça constar dos autos as provas que exigiu, ainda que não alegadas pela parte, pois o juiz julga de acordo com a prova dos autos.

³²⁵BRASIL. Lei n.º 11.101/2005 – "art. 56 – Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembléia –geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação. § 4.º - Rejeitado o plano de recuperação pela assembléia geral de credores, o juiz decretará a falência do devedor".

Portanto, o livre convencimento não quer dizer "puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abster-se ou alhear-se a seu conteúdo. Não estará ele dispensado de motivar a sua sentença. E precisamente nisso reside a suficiente garantia das partes e do interesse social."³²⁶

Sobre a possibilidade de determinação de ofício para a produção de provas, visando à formação do convencimento do juiz, tem-se:

Se a atividade instrutória oficial destina-se simplesmente à formação do convencimento do julgador, que a determina em razão de verificar a existência, nos autos, de meios aptos à apuração dos fatos controvertidos, a iniciativa não compromete a imparcialidade. A questão está ligada tão-somente à técnica processual.³²⁷

Sobre este ponto, também José Cretella Neto, tratando do artigo 130 do Código de Processo Civil, ensina: "Note-se que a atividade do juiz, no escopo do que lhe faculta o art. 130 de nosso CPC, não está limitada no tempo: pode exercê-la até o proferimento da sentença".³²⁸

Rui Portanova, em obra anteriormente citada, menciona textualmente:

A partir da análise de diversos dispositivos legais, não é difícil concluir que nosso sistema processual consagra o princípio da livre admissibilidade da prova. Veja-se, por exemplo, o art. 130 do CPC. O dispositivo legal é impositivo e obrigatório (caberá ao juiz). Não fixa qualquer condição de tempo processual. Pelo contrário, a prova poderá vir de ofício ou a requerimento da parte. Por fim, também não há restrição de meio probatório, basta que as provas sejam necessárias à instrução do processo.³²⁹

A proposta formulada nesta tese busca restabelecer o tratamento isonômico entre as partes no processo de recuperação judicial da empresa, embasada não apenas nos princípios constitucionais aplicáveis à atividade econômica, como também nos princípios e regras inerentes ao processo.

³²⁶CRETELLA NETO, op. cit., p.250-251.

³²⁷BEDAQUE, op. cit., p.19.

³²⁸CRETELLA NETO, op. cit., p.254.

³²⁹PORTANOVA, op. cit., p.209.

Não se pode deixar de considerar que a proposta formulada, embora atenda aos princípios e garantias constitucionais inerentes ao processo, na busca de um tratamento eqüitativo entre as partes, e cuja possibilidade de adoção não requer alterações legislativas, corre o risco de perder a sua efetividade pelo decurso de tempo que poderia demandar, podendo ser fatal à recuperação da saúde financeira da sociedade devedora. Os que militam na advocacia empresarial têm a noção do tempo demandado para a realização de uma perícia e do seu custo, fatores que poderiam prejudicar a solução do processo na forma proposta.

Atentando para essas considerações de ordem prática, a solução viável que atenderia aos problemas levantados no curso deste trabalho, conciliado com a celeridade processual necessária para atender a plena recuperação da empresa, demandaria de reforma legislativa, principalmente no que tange aos poderes atribuídos à assembléia-geral de credores e ao Poder Judiciário.

Com relação à assembléia-geral de credores, sua função deveria ser consultiva e não deliberativa, reservando ao Judiciário o poder de decisão no processo de recuperação de empresa.

A solução atualmente prevista pela Lei nº 11.101/2005, ao invés de exigir um Poder Judiciário atuante, entrosado com a problemática que envolve as atividades desenvolvidas pelas empresas e que possuem reflexos em toda a comunidade, o afasta do centro das decisões, tornando-o mero expectador e homologador da decisão dos credores.

Dentre as alterações necessárias para restabelecer o tratamento isonômico entre as partes envolvidas no processo de recuperação de empresa, pode-se destacar a atribuição ao administrador judicial da tarefa de elaborar parecer técnico sobre o plano de recuperação de empresa apresentado pelo devedor, podendo para tanto, contratar mediante autorização judicial, profissionais ou empresas especializadas, nos termos do inciso I, letra c do artigo 22. E, quanto a assembléia geral de credores, no processo de recuperação judicial de empresa ser atribuída a função consultiva sobre o plano apresentado pelo devedor.

CONCLUSÕES

1. A matéria objeto de estudo do Direito Comercial evoluiu da figura do comerciante, com caráter classista, para a de empresa, considerando não apenas os interesses internos do empresário ou da sociedade empresária e seus sócios ou acionistas, mas igualmente os interesses externos nela envolvidos, tais como os trabalhadores e seus dependentes, os fornecedores, os consumidores, o Estado, a comunidade, o próprio mercado. Acompanhando esta tendência, o tratamento do estado de insolvência igualmente deixou de ter como ponto central a consideração como um ato fraudulento, visando à dissolução e liquidação da atividade, para resguardar a preservação da empresa economicamente viável.
2. A atividade econômica no Brasil, após Constituição Federal de 1988, consagrou a economia neoliberal, ao tempo em que adota como fundamento a livre iniciativa, busca a valorização do trabalho, visando à dignidade da pessoa humana.
3. Em face da alteração antes mencionada e a evolução da economia, tornou-se flagrante a inadequação do Decreto-lei n.º 7.661/1945, com caráter predominantemente liquidatório. Em tramitação no Congresso Nacional desde 1993, o projeto de lei regulando a falência e recuperação de empresas foi aprovado sendo sancionada a Lei n.º 11.101/2005. A reformulação da legislação brasileira seguiu a tendência dos países europeus, principalmente do direito francês, no que tange à sua aplicação restritiva aos empresários e sociedades empresárias e a preservação da empresa em face de sua função social e do direito norte-americano, relativamente à participação dos credores nas decisões pertinentes ao destino da empresa. Aludida lei prioriza a recuperação da empresa economicamente viável, destinando o instituto da falência para as empresas insolventes, sem viabilidade de recuperação. Adotou também a

participação dos credores, por meio de decisões tomadas em assembléia geral de credores.

4. A Lei n.º 11.101/2005, com preceitos de direito material e formal, regulou a falência e a recuperação de empresas, judicial e extrajudicial. Estabeleceu em seu artigo 189 a determinação de aplicação subsidiária da Lei n.º 5.869 de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil. A falência regulada como um processo de execução coletiva, destinada a empresas economicamente inviáveis. A recuperação de empresas, de conformidade com o artigo 47,

com o objetivo de viabilizar a superação da 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.

5. A recuperação de empresas foi prevista sob as modalidades extrajudicial e judicial. A primeira, tendo início com um acordo firmado diretamente entre o devedores e determinados credores, sendo posteriormente levado a juízo para a homologação. A recuperação judicial desenvolve-se inteiramente perante o juízo onde estiver situado o principal estabelecimentos do empresário ou da sociedade empresária devedora. Tendo em vista a onerosidade do procedimento de recuperação judicial, e atendendo ao preceito constitucional de tratamento favorecido às pequenas e microempresas, para elas foi proporcionada a opção do pedido de recuperação judicial pelo plano especial.
6. Quanto à natureza jurídica da recuperação de empresas, os autores dividem-se entre as seguintes opções: para os privatistas, trata-se de um contrato legal; para os publicistas, de um processo judicial e outros ainda optam por ser um instituto de direito econômico, ressaltando sempre a importância da decisão judicial que concederá ou rejeitará o pedido.

7. O procedimento da recuperação judicial tem início com o pedido do devedor direcionado ao juízo competente, acompanhado de vasta documentação comprobatória da sua situação econômica financeira e dos indícios de possibilidade de reversão da crise. A ser recebido, o juiz prefere o despacho de processamento, o qual dentre os seus efeitos, suspende as ações e execuções em face do devedor, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, nomeia o administrador judicial – para supervisionar os atos de devedor, bem como determina o prazo de 60 (sessenta) dias para a apresentação pelo devedor, do plano de recuperação da empresa.
8. Apresentado o plano, com a documentação que o instrui, ele será submetido à apreciação dos credores. Na hipótese de impugnação do plano, o juiz convocará a assembléia geral de credores, a qual terá poderes para: a) aprovar o plano proposto, sendo deferido o pedido de recuperação; b) apresentar alterações ao plano proposto ou um plano alternativo, hipótese em que, sendo acatada pelo devedor, será concedida a recuperação; ao contrário será decretada a falência; c) rejeitar o plano, quando então ao juiz caberá a homologação da decisão da assembléia, decretando a falência da devedora.
9. O artigo 56 § 4.º da Lei n.º 1.101/2005 determina que, em caso de rejeição pela assembléia geral de credores do plano de recuperação apresentado pelo devedor, seja pelo juiz homologada a decisão decretando a falência da devedora. Analisando este dispositivo legal, pelos diversos ângulos da natureza jurídica proposta verifica-se que, quer seja considerado contrato legal, quer procedimento judicial, quer instituto de direito econômico, diversos princípios constitucionais vetores da atividade econômica, bem como os aplicáveis ao processo civil, são violados.

10. Ao atribuir a uma das partes o poder de decidir sobre a concessão da recuperação judicial ou a decretação da falência, viola o princípio da isonomia. Se a recuperação for considerada do ponto de vista de um contrato legal, não observa além o princípio da isonomia, a livre manifestação de vontade das partes – o consentimento, a hipossuficiência do devedor, bem como diante da ausência de previsão legal para a motivação da rejeição por parte dos credores. Neste ponto, pode-se ter a ausência da boa-fé por parte dos credores, configurando-se um ato ilícito, a teor do artigo 187 do Código Civil. Aos que o consideram como um processo judicial e mesmo como um instituto de direito econômico, em que se ressalta a atuação do magistrado, tem-se a inobservância de princípios decorrentes do devido processo legal e da isonomia entre as partes no processo, tais como: a imparcialidade do juiz, o direito à produção de provas, o direito à ampla defesa e ao contraditório, motivação da sentença decorrente do livre convencimento do juiz. A violação aos princípios acima decorre da atribuição a uma das partes, aos credores, o poder de decisão sobre a concessão da recuperação judicial da empresa ou a decretação da sua falência. Ou seja, o Poder Judiciário ficará excluído do exame da documentação apresentada visando comprovar a viabilidade econômica, a função social da empresa, a proteção ao consumidor, a aos empregados entre outros.
12. A função do magistrado se limitar à homologação da decisão da assembleia geral de credores, seja ela coerente ou visivelmente danosa. Seu poder decisório não ultrapassa o fato de conferir a exatidão do *quorum* de deliberação da assembleia e com este argumento irá motivar a sentença que decretará a falência, em caso de rejeição do plano pelos credores. A garantia do duplo grau de jurisdição dará ao Tribunal o poder de meramente examinar aspectos formais, sem adentrar no mérito da questão.

13. A tese apresentada propõe o equilíbrio de tratamento entre as partes por meio da interpretação do artigo 56 § 4.º da Lei n.º 11.101 de 2005, tomando como ponto de partida os princípios e as regras constitucionais aplicáveis, permitindo ao magistrado, nos termos do artigo 130 do Código de Processo Civil, determinar, de ofício, a produção de prova pericial, sempre que necessária para formar o seu convencimento sobre a viabilidade da empresa e a garantia dos direitos dos credores.
14. O equilíbrio de tratamento entre as partes envolvidas no processo de recuperação, conciliado com a celeridade processual, somente poderá ser atingido mediante reforma da Lei nº 11.101/2005, conferindo ao administrador judicial poderes de elaboração de parecer, sobre o plano de recuperação apresentado pelo devedor, condutor da votação da assembléia - geral de credores, à qual deverá ser atribuído poder consultivo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais: direito de empresa**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ALMEIDA, Amador Paes. **Curso de falência e recuperação de empresa**. 21.ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2005.

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1977. v.1.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 3.ed. São Paulo: Renovar, 2000.

ARAGÃO, Leandro Santos. Assembléia geral de credores: e agora? Um diálogo sobre a comunhão de credores e o direito societário. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). **Direito societário e a nova lei de falências e de recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

ASQUINI, Alberto. Profili dell' impresa. *Revista de I Diritto Commerciale*, v.41, I., 1943. Tradução de Fábio Konder Comparato, **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v.104, p.109, 1996.

BALARÓ, Carlos Carmelo. Os créditos trabalhistas no processo de recuperação de empresas e falência. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). **Comentário à nova lei de falências e recuperação de empresas: doutrina e prática**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.248.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: RTs, 1986.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador (BA), ano I, v.1, n.6, set. 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e superação das desigualdades regionais. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BERGER, Dora. **A insolvência no Brasil e na Alemanha**: estudo comparado entre a lei de insolvência alemã de 01.01.1999 (traduzida) e o projeto de lei brasileiro n.º 4.376 de 1993 (com as alterações de 1999) que regula a falência, a concordata preventiva e a recuperação das empresas. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001.

BERTOLDI, Marcelo M. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 4ª ed. São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, 2004

BEVILAQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1953. v.4.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências** - comentada. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Relatório do Senador Ramez Tebeth, do substitutivo do senado que deu origem à Lei n.º 11.101/2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Polis, 1991.

BOITEUX NETTO, Fernando. A função social da empresa e o novo código civil. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n.125, jan./mar. 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BULOS, Uadi Lammego. **Constituição federal anotada**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 2.ed.Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 3.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **Estúdios de Derecho Processal**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1952. v.2.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 5.ed. Atualizado por Achilles Bevilaqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. v.1.

CARVALHO NETO. **Tratado das defesas falimentares**. São Paulo: Ática, 1967. Tomo I.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1997. v.1-2.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários ao código civil**: direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 2003. v.13.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**: (Lei n.º 11.101/2005). São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2005. v.3.

COLUCCI, Maria da Gloria; ALMEIDA, José Maurício Pinto de. **Lições de teoria geral do processo**. 4.ed. Curitiba: Juruá, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial**: estudos e pareceres. 1.ed., 2.^a tiragem. São Paulo: Saraiva, 1985.

CRETELLA JUNIOR, José. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DANTAS, Ivo **Direito constitucional econômico**: globalização e constitucionalismo. Curitiba: Juruá, 2000.

DORIA, Dylson. **Curso de direito comercial**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v.1.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Nova lei de falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 17.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito constitucional do trabalho**: estudos em Homenagem ao Prof. Amaury Mascaro Nascimento. São Paulo: LTr, 1991. v.1.

FERRI, G. **Manuale di Diritto Commerciale**. 12.ed. Torino: UTET Giuridica, 2006.

GASTALDI, J. Petrelli. **Elementos de economia política**. São Paulo: Saraiva, 1968.

GODOY, Luciano de Souza. **Direito agrário constitucional**: o regime da propriedade. São Paulo: Atlas, 1998.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

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

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Manual de direito comercial**. Curitiba: Juruá, 2000.

GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. **Lições de direito societário**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Juarez Oliveira, 2004. v.1.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário**: sociedade anônima. São Paulo: Juarez Oliveira, 2005. v.2.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004. v.2.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

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

IRRERA, Maurizio. **La riforma del diritto fallimentare**: um primo panorama delle principali novità. Dipartimento di Studi per l'Impresa e il Territorio. Disponível em: <siteaurizio.irrera@eco.unipmn.it>. Acesso em: 23 jan. 2007.

LAUTENSCHLEGER JR., Nilson. Relato breve sobre Walther Rathenau e sua obra: "A Teoria da Empresa em si"., **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v.128, 2002.

LOBO, Jorge. **Da recuperação da empresa no direito comparado**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1993.

LOBO, Jorge. **Direito concursal**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

LOBO, Jorge. Recuperação judicial da empresa. In: OLIVEIRA, Fátima Baya de (Org.). **Recuperação de empresas**: uma múltipla visão da nova lei. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006. p.21-24.

LOBO, Jorge. Comentários aos artigos 35 a 69 da Lei n.º 11.101/2005. In: TOLEDO, Paulo F.C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LOBO, Jorge. **Recuperação judicial da empresa**: quando propor aos credores. Disponível em: <www.migalhas.com.br>. Acesso em: 26 mar. 2007.

LOBO, Jorge. A empresa: novo instituto jurídico. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n.125, p.29-39, 2002.

MAGALHÃES, Tiago Fantini. O princípio da dissociação entre a sorte da empresa e a sorte do empresário na nova ordem falimentar. In: SANTOS, Theóphilo de Azeredo (Coord.). **Novos estudos de direito comercial em homenagem a Celso Barbi Filho**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.431-445.

MARZAGÃO, Lídia Valéria. A recuperação judicial. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAYER, Thomas Moers. **Conferência proferida**. Trad. Istvan Vajda. Disponível em: <<http://braudel.org.br/novo/eventos/conferências/2001/art8.htm>>. Acesso em: 25 jan. 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: RTs, 1986.

MESSNER, Johannes. **Ética social**. São Paulo: Quadrante, 197?. (adquirido pela Biblioteca PUCPR em 1987).

MIRANDA, Jorge. A tutela dos direitos fundamentais em Portugal. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). **Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p.60-63.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações - 1.^a parte**. 7.ed., rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1971.

MORAIS, Alexandre. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 1997.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Do procedimento da recuperação judicial. In : PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. SOUZA JUNIOR, Francisco Sátiro. (Coord.) **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2 ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais. 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 5.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (Coleção de Estudos de Direito de Processo Enrico Liebman, v.21)

NICZ, Alvacir Alfredo. **A liberdade de iniciativa na constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

PACHECO, José da Silva. **Processo de falência e concordata**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PENTEADO, Mauro R. Segunda parte. Comentários à lei de recuperação e falência – Lei n.º 11.101 de 09 de fevereiro de 2005. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v.2.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v.3.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v.1.

PINTO FERREIRA. O meio ambiente e a defesa da Amazônia. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willeis Santiago (Coord.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v.2.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v.2.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 17.ed. atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 1998. v.1.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 25.ed. atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 23.ed. atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2003. v.2.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. Empresa, fazenda pública e a nova lei de recuperação. **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n.3, p.25-43, jan./jun. 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral das obrigações. 23.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Recuperação de empresas e interesse social. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMIDT, Karsten. **Derecho Comercial**. Trad. da 3.^a edição alemã por Frederico E. G. Werner. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997.

SCOTT, Paulo Henrique. **Direito constitucional econômico**: estado e normalização da economia. Porto Alegre: Fabris, 2000.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. As disposições penais na lei de recuperação de empresas e falência – crimes em espécie e procedimentos. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas. doutrina e prática**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SZTAIN, Rachel. Da recuperação judicial: comentários dos artigos 47 a 54. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.266.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 37.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v.1.

TOKARS, Fábio. **Sociedades limitadas**. São Paulo : LTr, 2007.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários á lei de falências**. Rio de Janeiro: Forense, 1949. v.1 e 3.

VAZ, Izabel. **Direito econômico das propriedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Sites Consultados

<<http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy.ger.pt.htm>>. Acesso em: 23 nov. 2006.

<<http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy.spa.pt.htm>>. Acesso em: 23 nov. 2006.

Legislação Consultada

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 10 de novembro de 1937.

BRASIL. Decreto-lei n.º 7661/1945 – Lei de Falências. **Diário Oficial da União** (Suplemento), 31 jul., 1945.

BRASIL. Lei n.º 6.404/76. Dispõe sobre as sociedades por ações. **Diário Oficial da União**, 17 dez. 1976.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil - 1988. **Diário Oficial da União**, n.º 191-A, 05 out. 1988.

BRASIL. Lei n.º 10.406/2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei n.º 11.101/2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial da União**, 09 fev. 2005. Edição Extra.

ESPAÑA. Lei n.º 22/2003. – Ley Concursal – Regula o procedimento judicial aplicável aos casos de insolvência.

ITALIA. Decreto legislativo 9/01/2006- Regula os processos de Falência, Concordata Preventiva, Acordo Extrajudicial e liquidação administrativa forçada.

PORTUGAL. Decreto-lei n.º 53 de 18 de março de 2004. Código de Insolvência e recuperação de empresa.

