

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FACULDADE DE DIREITO

BRUNA GOETTEN

**A RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS EM DIFICULDADES -
NECESSIDADE DA CONSERVAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL**

CURITIBA

- 2006 -

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FACULDADE DE DIREITO

BRUNA GOETTEN

**A RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS EM DIFICULDADES -
NECESSIDADE DA CONSERVAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL**

Monografia apresentada pela aluna Bruna Goetten, do 5º ano, diurno, do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, sob orientação dos Professores Carlos Eduardo Manfredini Hapner e Edson Isfer.

CURITIBA

- 2006 -

TERMO DE APROVAÇÃO

**A RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS EM DIFICULDADES -
NECESSIDADE DA CONSERVAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL**

por

BRUNA GOETTEN

**MONOGRAFIA APROVADA COMO REQUISITO PARCIAL PARA A
OBTENÇÃO DO GRAU DE BACHAREL EM DIREITO, SETOR DE CIÊNCIAS
JURÍDICAS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ, PELA COMISSÃO
FORMADA PELOS PROFESSORES.**

ORIENTADOR:

Professor Carlos Eduardo Hapner

CO-ORIENTADOR:

Professor Edson Isfer

Professor Carlos Joaquim de Oliveira Franco

CURITIBA, 24 de outubro de 2006.

Aos meus adoráveis pais Amadeu e Isolda, que sempre me incentivaram em meus estudos, aos quais devo, em grande parte, o que sou hoje.

Ao meu querido irmão Marcelo, amigo e companheiro nestes longos anos de estudo longe do lar materno.

Ao estimado Clauber, que sempre esteve ao meu lado me apoiando, com suas palavras positivas e atos de ternura e compreensão.

“Ser grato é um grande atributo da alma humana. A gratidão é um sentimento que quando cultivado credencia os seres para viverem em um plano que não pode ser vivido sem a presença de tão nobre sentimento”.

Sou eternamente grata à minha família, especialmente, aos meus pais, pelas oportunidades que me proporcionaram e por todo o amor e carinho que dedicaram nesses 22 anos de história.

Agradeço aos professores Carlos Eduardo e Edson Isfer, que me orientaram nessa árdua etapa de aprender e fazer pesquisa, pelo incentivo e apoio.

Obrigada Clauber, pela paciência e compreensão em tolerar minhas ausências.

“Que nossos esforços desafiem as impossibilidades. Lembrai-vos que as grandes proezas da história foram conquistadas daquilo que parecia impossível”.

Charles Chaplin

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	01
2. ANÁLISE DO DECRETO LEI 7.661/45 – MEIOS PARA RECUPERAR A EMPRESA EM DIFICULDADE	06
2.1 INSTITUTO DA CONCORDATA	06
2.1.1 Concordata Preventiva	09
2.1.2 Concordata Suspensiva	13
2.2 SOLUÇÕES ALTERNATIVAS BUSCADAS PELOS TRIBUNAIS PÁTRIOS	15
2.2.1 Aplicação do artigo 74 do DL 7.661/45	16
2.2.2 Aplicação do artigo 123, § 1º, do DL 7.661/45	19
3. MUDANÇA PARADIGMÁTICA DO DIREITO FALIMENTAR PÁTRIO	20
3.1 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS FAVORÁVEIS À REFORMA	22
3.2 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS CONTRÁRIAS À REFORMA	26
3.3 TRAMITAÇÃO DO PROJETO DE LEI DE REFORMA DO DIREITO FALIMENTAR	30
3.4 ASPECTOS GERAIS DA LEI 11.101	33
4. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO	37
4.1 A NOVA LEI DE FALÊNCIAS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL	39
4.2 PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DO CRÉDITO	41
4.3 PRINCÍPIO DO PLENO EMPREGO E VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO	43
4.4 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E DA SUA PRESERVAÇÃO	45
4.5 PRINCÍPIO DA ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAL	47
5. LEI 11.101/2005 E A MANUTENÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL	50
5.1 INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS	53
5.1.1 Viabilidade de conservação da empresa em crise	55
5.1.2 Modalidades de Recuperação de Empresas	59
5.2 RECUPERAÇÃO JUDICIAL	60
5.2.1 Meios de recuperação – artigo 50 da Lei 11.101	65
5.2.2 O polêmico artigo 60 da Lei 11.101/2005	67
5.3 RECUPERAÇÃO PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE	72
5.4 RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL	78
6. CONCLUSÃO	88
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	91

RESUMO

O antigo sistema jurídico pátrio, do Decreto-Lei 7.661/45, regulador das relações emergentes da insolvência empresarial – concordata e falência -, estava em franca dissonância com o moderno perfil da empresa e as características da economia globalizada. Era manifesta a necessidade de remodelação do direito falimentar pátrio, com vistas à preservação da instituição empresarial e manutenção de suas atividades. A empresa exerce papel fundamental na sociedade moderna: geração de empregos, criação de divisas, entre outros itens de suma importância, assim, a sua liquidação poderia representar grandes perdas e retrocessos para a sociedade. Nesse sentido, inseriu-se no ordenamento jurídico, um novo diploma falimentar, a Lei nº 11.101/2005, a qual apresenta, efetivamente, condições para a recuperação da empresa viável, através dos institutos da recuperação judicial e extrajudicial de empresa, e ao mesmo tempo, estabelece as bases para a liquidação célere e eficiente da empresa falida, quando se verificar a impossibilidade de sua permanência no mercado através dos institutos de recuperação. Essa nova legislação veio ao encontro das necessidades enfrentadas pela sociedade, na medida em que, visa possibilitar que as empresas desempenhem sua função social, além de corrigir as falhas existentes na antiga lei concursal que, basicamente, primava em punir, além do empresário, a própria empresa, que tinha as suas atividades encerradas.

1. INTRODUÇÃO

Felizmente, depois de inúmeras discussões, em junho do ano passado, entrou em vigor a nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências, em substituição à norma anterior datada de 1945 - o Decreto-Lei 7.661, o qual, estando em vigor há mais de 50 anos, apresentava-se ultrapassado em muitos aspectos, uma vez que a legislação fora elaborada, ainda, na época em que o Brasil era um país eminentemente agrícola e o parque industrial se concentrava apenas nos grandes centros urbanos e, mesmo assim, sem muita complexidade.

Já no prefácio da obra de Jorge Lobo, que trata da recuperação da empresa, escrita em 1993, observa-se o seguinte comentário sobre o Decreto-Lei 7.661/45: “A legislação falimentar em vigor, que tem sua estrutura construída a mais de meio século, não se adequa, obviamente, ao moderno conceito de empresa”.¹ Essa defasagem do Decreto-Lei 7.661 se tornava mais evidente, principalmente, se fosse avaliada em relação às sucessivas alterações na legislação que vieram renovando os institutos jurídicos do país, a exemplo da própria Constituição Federal e do Código Civil que, recentemente, estabeleceram novas regras para as sociedades empresárias.

Na Lei Falimentar velha, simplificada, a idéia era, em tese, retirar do mercado uma empresa nociva à economia, seja por sua má administração, seja pela inviabilidade de seu negócio. Na prática, a concordata tratava-se de um instituto antigo que tinha como “único e exclusivo objetivo de salvaguardar os interesses dos credores. Lamentavelmente, nem esse objetivo era atingido, devido à moratória e aos prazos intermináveis dos processos judiciais das massas falidas”.²

¹ LOBO, Jorge. **Da Recuperação da Empresa – No Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1993.

² BIOLCHI, Osvaldo. **Apelo para votação do Projeto de Lei 4.376/1993**. 03/04/2001.

Ademais, com o advento das décadas posteriores à de 40, o incremento da atividade industrial, a globalização econômica e o aumento populacional - e, de conseguinte, do desemprego, fome e miséria em escala mundial - o Brasil, na contramão dos países estrangeiros, carecia de uma lei que facilitasse a continuidade da empresa, e não seu desaparecimento.

Reclama-se, destarte, uma nova legislação que fosse capaz de regulamentar a recuperação empresarial e dar ao empresário meios capazes e eficientes de salvar a sociedade em estado de insolvência. Era preciso elaborar uma nova legislação falimentar que viesse ao encontro das necessidades enfrentadas pela sociedade e que buscasse viabilizar a continuação do negócio e a preservação da empresa, fazendo com que esta desempenhasse sua função social, corrigindo as falhas existentes na antiga lei falimentar que, basicamente, primava em punir, além do empresário, a própria empresa que tinha as suas atividades encerradas.

Isso porque, uma empresa em funcionamento fomenta ocupação, alimentação, crescimento econômico, “sua reorganização econômica auxilia na melhor observação de sua função social porque atinge o interesse público existente na continuação da atividade da empresa”³. Ou ainda, “a empresa, um organismo social, não somente beneficia os trabalhadores – e, em última análise, a subsistência da família -, mas também gera impostos para a nossa economia”.⁴

Este foi o cenário, de real e efetiva necessidade, em que surgiu a nova norma falimentar, a Lei nº 11.101/2005, sancionada em 09 de fevereiro de 2005, depois de 11 anos tramitando no Congresso Nacional. Em tese, a nova lei estabelece efetivas condições para que as empresas economicamente viáveis, que

³ COMPARATO, Fabio Conder. “**Função social da propriedade dos bens de produção**”. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, nº 63, p. 71.

⁴ BIOLCHI, Osvaldo. op. cit.

estejam passando por dificuldades temporárias, se recuperem, evitando, dessa forma, a eliminação de empregos, a interrupção da produção e o desaquecimento da economia, preservando ativos, de modo que as empresas possam continuar a cumprir sua função social, e, caso a recuperação não seja possível, que promovam um rápido e eficiente processo de falência.

Nesta nova sistemática, contemplam-se duas medidas com o objetivo de evitar que a crise na empresa acarrete a falência de quem a explora. De um lado, a recuperação judicial; de outro, a recuperação extrajudicial, que poderá ou não ser homologada judicialmente.

A recuperação judicial corresponde a um novo instituto jurídico, moderno, moldado para atender às peculiaridades da crise enfrentada pela empresa, visa viabilizar a continuidade da empresa, reorganizando-a, para a manutenção do empregado, da preservação da produção e da circulação da riqueza, arrecadação de impostos, e destina-se às empresas que estejam em situação de crise econômico-financeira, com possibilidade, porém, de superação, pois aquelas em estado de crise insuperável, devem ter a falência decretada.

E a recuperação extrajudicial representa uma alternativa para o empresário em dificuldade que, potencialmente, poderia pedir a recuperação judicial, mas que prefere propor e negociar com os credores, extrajudicialmente, o seu plano de recuperação. Desse modo, ao prever e disciplinar a recuperação extrajudicial, a nova lei falimentar “cria condições para a atuação lógica do mercado na superação de crises nas empresas devedoras”.⁵

Também a nova legislação, cuidou de oferecer um tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte, que representam a

⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação Judicial de empresas (Lei 11.101 de 9-2-2005)**. São Paulo: Saraiva, 3ª edição, 2005, p. 391.

esmagadora maioria dos empreendimentos no Brasil, possibilitando que elas se utilizem no processo de recuperação judicial, de um plano de recuperação bastante simplificado, que importará, especialmente, na redução dos custos da empresa já em dificuldade.

Assim, feita essa breve apresentação do tema, traçaremos a maneira com que serão abordados os principais tópicos relacionados a matéria.

Primeiramente, mostra-se de grande importância fazer uma breve análise dos meios voltados à recuperação das empresas em dificuldade no sistema antigo, isto é, na vigência do Decreto-Lei 7.661/45, abordando os institutos da concordata preventiva e suspensiva, bem como as soluções alternativas buscadas pelos Tribunais pátrios para a manutenção da atividade produtiva das empresas em crise momentânea, mas que apresentavam condições de superar os problemas econômico-financeiros.

Após essa abordagem histórica, analisar-se-á o contexto em que nasceu a nova Lei Falimentar, apresentando-se as posições doutrinárias favoráveis à alteração legislativa e as contrárias, descrevendo como foi a longa tramitação do projeto de lei que culminou na edição da Lei 11.101/2005, encerrando o tópico, com uma apresentação dos aspectos gerais presentes na referida Lei.

Tendo em vista que a recente legislação falimentar encontra vários de seus fundamentos inseridos no texto da Constituição Federal, elege-se relevante reservar um capítulo do trabalho para dissertar a cerca da constitucionalização do direito privado, abordando, especialmente, os reflexos da Constituição Federal na nova Lei de Recuperação de Empresas, assim como, os principais princípios inseridos em sua redação.

Finalmente, depois de já ter ambientado o leitor em relação ao tema escolhido, adentrar-se-á no assunto, propriamente dito do trabalho, qual seja, a Recuperação de Empresas e a manutenção da atividade empresarial. Far-se-á uma análise das modalidades dos institutos da recuperação de empresa, dos meios judiciais de recuperação previstos no artigo 50 da Lei 11.101/2005, e uma sucinta apresentação do tão comentado e discutido caso VARIG.

2. ANÁLISE DO DECRETO LEI 7.661/45 – MEIOS PARA RECUPERAR A EMPRESA EM CRISE

Tendo em vista que a falência constitui um procedimento extremamente grave, seja para o devedor, seja para os credores, seja para toda a economia

pública, o legislador, ao editar o Decreto Lei 7.661/45, preocupou-se em, desde logo, fazer que, em determinadas circunstâncias, a falência fosse substituída ou evitada, não somente com o intuito de salvar o devedor infeliz, mas proteger os interesses dos credores, assim como, no propósito de permitir, em tese, a conservação de seu patrimônio e o reerguimento da própria empresa, uma vez que a cessação das atividades de uma empresa, a interrupção de seus negócios e as repercussões do desastre econômico que provocaria, até mesmo no âmbito de outras complexas organizações, poderia gerar um estado de crise de ordem geral na economia nacional.

Nesse sentido, o Decreto-Lei 7.661/45 apresentava em seu texto um mecanismo aplicável ao empresário com dificuldades financeiras, mas que ainda possuísse considerável ativo, era o instituto da concordata, que poderia ser na modalidade preventiva ou suspensiva.

2.1 INSTITUTO DA CONCORDATA

A acepção da palavra *concordata*, conforme esclarece Amador Paes de Almeida, vem “do verbo concordar, significa, etimologicamente, acordo, conciliação, ajuste, combinação.”⁶

No mundo jurídico, ela se apresentava como um instituto do Direito Falimentar, mais suave que a falência, e com o escopo de proteger e regularizar a situação econômica do empresário devedor, evitando (concordata preventiva), ou suspendendo (concordata suspensiva), a falência. Ou seja, como explica Jorge Lobo:

⁶ ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Concordata**. São Paulo: Saraiva, 19ª edição, 2001, p. 385.

A concordata visa atenuar as conseqüências negativas da falência e impedir que se concretizem situações de notável dano público e privado, permitindo que o devedor conserve a administração de seus bens, não sucumba aos efeitos negativos de uma liquidação forçada e fique livre para recomeçar suas atividades⁷.

Sobre a concordata, ensinava José Xavier Carvalho de Mendonça que:

Consiste, em sua ampla concessão, num acordo especial entre o devedor e os seus credores quirografários, unânimes ou representados por certa maioria, tendo por fim evitar a declaração da falência ou fazer cessar os efeitos de que já existe declarada⁸.

No entanto, ao estudar o instituto, Pontes de Miranda, categoricamente afirmou que:

O nome 'concordata' esvaziou-se do seu conteúdo, que era o acordo. Hoje, no sistema jurídico brasileiro e noutros sistemas jurídicos, abstrai-se qualquer concordância, ou acordança. Os credores quirografários são sujeitos passivos na ação de decretação de concordata, ou, simplesmente, ação de concordata⁹.

Comungava desse mesmo entendimento, Nelson Abrão:

No Direito brasileiro podia falar-se em teoria contratualista, com as limitações que lhe apontou Provinciali, até o advento da lei atual, porquanto a concessão da concordata tinha como pressuposto o assentimento de maioria dos credores. Com o vigente Decreto-lei 7.661/45, desapareceu da concordata todo eventual resquício de contratualidade, concedida que é – tanto a preventiva, como a suspensiva – desde que o devedor satisfaça aos pressupostos legais, independentemente e até contra a vontade dos credores¹⁰.

Na definição de Rubens Requião, a concordata era tratada como um meio de recuperação e reorganização da empresa em dificuldades na medida em que:

⁷ LOBO, Jorge. **Direito Concursal**. Rio de Janeiro: Forense, 3ª edição, 1999, p.47

⁸ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, Volume VIII, 1947, p. 330.

⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: RT, Tomo XXVIII, 1984, p. 34

¹⁰ ABRÃO, Nelson. **Curso de Direito Falimentar**. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 5ª edição, rev. e atual., 1997, p 308.

O instituto jurídico da concordata visa resolver a situação econômica de insolvência do devedor, ou prevenindo e evitando a falência (concordata preventiva), ou suspendendo a falência (concordata suspensiva), para proporcionar a recuperação e restauração da empresa comercial.¹¹

Assim, podia-se caracterizar a concordata como um mecanismo que visava resolver a situação econômico-financeira crítica do devedor e que se fundamentava na remissão parcial do quantum dos créditos, isto é, no abatimento do valor das dívidas que fossem pagas à vista; na dilação, ou seja, na concessão de prazo suplementar para o pagamento das dívidas vencidas, contratual ou legalmente; ou na conjugação dos dois critérios, isto é, dilação dos prazos e abatimento do valor das dívidas.

Nesse instituto, existia a figura do Comissário, eleito entre os três maiores credores, que se tornava o responsável pela fiscalização dos atos do concordatário. Destaque-se, que o Comissário não administrava a empresa em substituição do devedor conforme palavras de José Francelino de Araújo, “Ele não substitui o devedor na administração da empresa. Ele é apenas um fiscal dos atos praticados pelo concordatário.”¹² Dessa forma, na concordata preventiva, o devedor continuava normalmente na posse e na administração de seus bens, não sendo delas alijado como ocorria na falência. E na suspensiva, a elas retornava assim que passasse em julgado a respectiva sentença concessiva. Poderia ele, praticar os atos normais de gestão a bem de sua empresa, não só os conservatórios, como também os produtivos; ficava impedido apenas de alienar ou onerar livremente bens imóveis e o próprio estabelecimento comercial em bloco.

11 REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. São Paulo: Saraiva, Volume II, 13ª edição, 1992, p. 03.

12 ARAÚJO, José Francelino de. **Curso de Falências e Concordatas**. Porto Alegre: Ritter dos Reis, 1996, p. 373.

No ordenamento jurídico brasileiro, a concordata podia ser preventiva ou suspensiva. A primeira, conforme se verá melhor abaixo, evitava que o devedor fosse declarado falido, já a segunda, tinha como escopo sustar o andamento do procedimento de falência já instaurado.

2.1.1 Concordata Preventiva

A concordata preventiva era um instituto do Direito Falimentar onde o devedor comerciante, obedecidos os requisitos e pressupostos legais, podia, se concessiva a sentença, evitar a decretação da falência. Como magistralmente lecionava Rubens Requião:

Constitui um benefício outorgado pelo Estado, através de sentença judicial, ao empresário honesto e de boa-fé, infeliz em seus negócios. Tem ela por finalidade facilitar o pagamento dos credores, com dilações de prazo ou remissão de parte da dívida, e, conseqüentemente, permitir ao empresário evitar a falência, reconstituindo e prosseguindo em sua atividade¹³.

Desse modo, não se tratava de um contrato ou acordo entre credores e devedor, mas um benefício concedido pelo Estado, através de sentença judicial, ao empresário honesto e de boa-fé, que se encontrava em dificuldades e que desejasse evitar a decretação da falência, através da dilação de prazos ou remissão parcial da dívida.

Consoante o entendimento de Jorge Lobo “A concordata preventiva, ex vi do disposto no artigo 138 do Decreto-Lei 7.661/45, visa evitar a declaração da falência do devedor comerciante¹⁴”. Mais Adiante, com outros elementos, conclui:

¹³ REQUIÃO, Rubens. **Curso** ..., op. cit., p. 24.

¹⁴ LOBO, Jorge. **Da Recuperação** ... op. cit., p. 43.

No Direito Brasileiro, a concordata preventiva é um fator ou privilégio legal, em benefício do devedor comerciante honesto e de boa-fé, que preenche determinados requisitos formais taxativamente previstos em lei e que não pode satisfazer no vencimento obrigação líquida e certa, constante de título que legitime a ação executiva.¹⁵

Assim, esse instituto, tinha como principal objetivo evitar a falência, tornando possível a liquidação das obrigações do devedor sem as asperezas e a demora da execução coletiva e possibilitar a recomposição do patrimônio da empresa e a recuperação de suas atividades.

Pelo Decreto-Lei 7.661/45, artigo 156, a empresa que ainda não fosse declarada falida podia, voluntariamente, requerer a concordata preventiva e, desse modo, oferecer a seus credores quirografários o pagamento de pelo menos: a) 50% da dívida, se o pagamento fosse efetuado imediatamente; ou b) 60% para pagamento que fosse efetuado em até 6 meses, 75% em até 12 meses, 90% em até 18 meses e, finalmente, 100% se fosse em até no máximo 24 meses, devendo ser pagos nessas duas últimas hipóteses, pelo menos, dois quintos das dívidas, durante o primeiro ano da concordata.

Ainda, a lei estabelecia como requisitos para a formulação de pedido de concordata preventiva, que o empresário devedor não sofresse as restrições do artigo 140 do Decreto Lei 7.661/45 e, ao mesmo tempo, que preenchesse as condições do artigo 158. Assim, exigia que:

i) mantivesse os documentos e livros necessários ao exercício regular de suas atividades averbados ou arquivados na junta comercial competente;

De fato, não existe sanção alguma, de ordem penal, para o empresário que não adotar ou seguir as prescrições das leis comerciais a respeito da sua organização legal, nem de seus

¹⁵ Ibidem, p. 45.

livros obrigatórios. Leis especiais, contudo, desestimulam a desorganização da vida empresarial, adotando medidas severas para os que não mantiverem livros e são desses jaez certos preceitos de leis tributárias e da Lei de Falências. A falência será necessariamente considerada fraudulenta quando se verificar a inexistência de livros obrigatórios. Se assim é, claro está que tais omissões impedem também a impetração de concordata¹⁶.

ii) não houvesse confessado a falência no prazo prescrito no artigo 8º;

Nesse caso, o comerciante deveria confessar a falência se, decorridos trinta dias do vencimento, não pagasse a obrigação líquida e certa. Essa questão levantou muitas discussões e, como meio de pacificar o problema, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 190, a qual preceitua que “o não pagamento de título vencido há mais de 30 dias, sem protesto, não impede a concordata preventiva”, de modo que a regra prevista no inciso II do artigo 140 perdeu sua eficácia.

iii) não tivesse sido condenado por crime falimentar, furto, roubo, fraude, contrabando ou outros crimes semelhantes; Conforme Rubens Requião:

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. Seria deplorável que a sociedade, como 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 artigo 140¹⁷.

iv) não tivesse requerido concordata nos cinco anos anteriores e não tivesse deixado de cumprir os termos de concordata anterior;

Aqui, muito se discutiu a cerca da possibilidade do devedor que não cumpriu a concordata preventiva e, por isso, teve sua falência decretada, impetrar, no curso da falência, concordata suspensiva. Comungamos do entendimento do ilustre professor RUBENS REQUIÃO: “O impedimento ao pedido de nova concordata, dentro do prazo de cinco anos de concordata anteriormente pleiteada, na vontade da lei, tanto se refere à concordata suspensiva como a concordata preventiva. É verdade que não se pode confundir uma espécie de concordata com a outra, mas é forçoso convir que a concordata preventiva e a suspensiva são, doutrinária e teoricamente, favores da mesma natureza concedidos pelo Estado, através da sentença do juiz ao devedor infeliz e de boa-fé¹⁸.

v) exercesse atividade comercial há mais de dois anos;

¹⁶ REQUIÃO, Rubens. **Curso** ... op. cit., p. 26-27.

¹⁷ Ibidem, p. 31.

¹⁸ REQUIÃO, Rubens. **Curso** ... op. cit., p. 32.

Evita-se, assim, com a prova do exercício do comércio de no mínimo dois anos, a fraude do devedor de se fazer inscrever no Registro do Comércio para só então, a seguir, impetrar a concordata preventiva. A prova idônea desse tempo de exercício efetivo se apresenta com a certidão do Registro do Comércio, além disso, o prazo de dois anos é de exercício regular do comércio. Não deve, pois, ser admitido à concordata o empresário que, embora comercie efetivamente e de fato há mais tempo, deseje somar esse período ao do registro posterior, para atender, na medida, a exigência legal¹⁹.

vi) possuísse ativos cujo valor correspondesse a mais de cinquenta por cento de suas obrigações quirografárias;

O inciso II do artigo 158 se refere ao valor dos bens componentes do ativo, que constituem objeto de garantia. A garantia natural dos credores, que é constituída pelo patrimônio do devedor, encontra sua exata aplicação no princípio indicado, pois os bens do devedor passam a formar a natural garantia de cumprimento da concordata. Por isso a lei exige que essa garantia patrimonial seja considerável, isto é, resulte da relação de cinquenta por cento entre o valor do ativo e do passivo quirografário²⁰.

vii) não fosse falido ou, se o fosse, estivessem declaradas extintas as suas obrigações;

viii) não tivesse título protestado por falta de pagamento.

Transcrevo um trecho do voto proferido pelo Des. Oliveira Lima, do Tribunal de Justiça de São Paulo, sustentando que: “Cremos que, se a concordata preventiva for, em tese, viável de ser cumprida, não se pode interpretar literalmente os requisitos e pressupostos para a sua concessão. Alias, a missão do juiz não é abstratamente interpretar a lei, mas sim isso fazer na dimensão do caso concreto, ao qual cumpre solucionar-lo. (...) Creio, de conformidade com orientação mais atual e em consonância com a nossa realidade, que não basta a ocorrência de títulos protestados e não pagos para que a concordata seja indeferida, mas é necessário que essa situação revele uma situação de insolvência justificadora da quebra ou, então, que a prova evidencie que a devedora, concretamente, não deseja cumprir a concordata, mas, ao contrário, valer-se dela para lesar credores”.²¹

Durante o processo de concordata preventiva, o empresário devedor continuava a exercer a administração de seu negócio, sob a fiscalização de um comissário nomeado pelo juiz.

¹⁹ Ibidem p. 79.

²⁰ Ibidem p. 83.

²¹ Revista dos Tribunais, vol. 606, p. 602.

O aspecto importante desse período, é que a empresário devedor não podia alienar seus bens imóveis ou constituir garantia real, salvo mediante autorização prévia do juiz.

2.1.2 Concordata Suspensiva

A concordata suspensiva, ao invés de evitar a falência, era requerida durante o processo falimentar, visando sustar os drásticos efeitos da falência, evitando que a empresa fosse liquidada. Essa medida, podia ser considerada como a última oportunidade concedida ao devedor para honrar os seus compromissos, fugindo da interdição do exercício das suas atividades, como consequência do estado falimentar.

Segundo José Candido Sampaio de Lacerda, a “concordata suspensiva é o ato processual pelo qual o devedor propõe em Juízo melhor forma de pagamento a seus credores, a fim de que, concedida, por sentença judicial, suspenda o processo falimentar”²². A partir desse conceito, podia-se vislumbrar que a concordata suspensiva objetivava deter os efeitos danosos da falência, demonstrando a melhor forma de pagamento dos credores, ao mesmo tempo em que, evitando a liquidação do estabelecimento, viabilizava a continuidade da empresa.

Como pressuposto para sua concessão, Rubens Requião identificava que:

Dois são, especificamente, os pressupostos do pedido de concordata suspensiva; a existência do estado de falência em que se encontre o devedor e a não existência de

²² LACERDA, José Candido Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 14ª edição, 1999, p. 299.

recebimento de denúncia ou queixa resultante de inquérito policial procedido pelo síndico no processo de falência.²³

Nesse caso, somente o efetivo recebimento da denúncia ou queixa obstava à concordata suspensiva. Portanto, instaurado o inquérito judicial na falência e rejeitada a denúncia ou queixa, podia, em seguida, o devedor pleitear a concordata suspensiva, que só cessaria de produzir efeito se o recurso fosse provido com a superveniência de sentença condenatória.

Além disso, poderiam ser apontados, ainda, como pressupostos para a concessão da concordata suspensiva, a inexistência dos impedimentos genéricos previstos no artigo 140 do Decreto-Lei 7.661/45.

Uma vez atendidas todas as condições legais, lecionava Rubens Requião:

O devedor deverá indicar no seu requerimento a proposta de pagamento de seus credores quirografários. A lei estabelece o limite mínimo da proposta, que será de 35% se o pagamento for à vista e de 50% se o pagamento for a prazo, o qual não excederá dois anos da data do requerimento, devendo ser pagos pelo menos dois quintos no primeiro ano²⁴.

Com relação ao momento oportuno, em que o falido deveria apresentar o pedido de concordata suspensiva, conforme o disposto no artigo 178, o devedor “ingressará nos próprios autos da falência com o pedido de concordata suspensiva, no tempo hábil de 5 dias seguintes ao do vencimento do prazo para entrega do relatório do síndico, demonstrando liminarmente que atende aos pressupostos do artigo 140.²⁵”

Esse prazo todavia, não era preclusivo, porque a teor do artigo 185, o falido, que não tivesse pedido concordata no prazo enunciado no artigo 178, poderia fazê-lo a qualquer

²³ REQUIÃO Rubens. **Curso** ... op. cit., p. 138.

²⁴ *Ibidem*, p. 143.

²⁵ ABRÃO, Nelson. **Curso** ... op. cit., p 364.

tempo, mas o seu pedido e respectivo processo não interrompem, de modo algum, a realização do ativo e pagamento do passivo²⁶.

Concedida a concordata e passado em julgado a sentença concessiva, iniciava-se a contagem dos prazos para o seu cumprimento, os quais, de acordo com o artigo 183 eram de 30 dias para o devedor: a) pagar os encargos e dívidas da massa e os créditos com garantia geral; b) exhibir prova da quitação dos tributos relativos à sua atividade; c) pagar a porcentagem devida aos credores quirografários, se a concordata fosse à vista.

Na hipótese da concordata não ter sido cumprida, o “juiz, verificando o fato, provocado pelos credores ou *ex officio*, ouvido o concordatário, poderia proferir sentença, rescindindo a concordata, declarando reaberta a falência”²⁷.

Subsidiariamente, aplicavam-se à concordata suspensiva os dispositivos que regulavam a concordata preventiva, naquilo que era cabível.

2.2 SOLUÇÕES ALTERNATIVAS BUSCADAS PELOS TRIBUNAIS PÁTRIOS

Superada a fase em que se protegia demasiadamente as relações bilaterais entre devedores e credores, na qual se buscava satisfazer momentaneamente os interesses dos credores, abandonando-se o devedor à sua sorte, os tribunais pátrios, a partir de medidas alternativas, restritamente traçadas pela legislação falimentar, iniciaram um trabalho no sentido de criar condições da empresa continuar suas atividades, através de acordos preventivos, ao invés da liquidação, partindo-se da idéia de que a empresa, sobretudo devido às suas dimensões, “não mais interessa apenas aos

²⁶ LOBO, Jorge. **Direito** ... op. cit., p. 163.

²⁷ REQUIÃO Rubens. **Curso** ... op. cit., p. 148.

seus credores, nem a sua crise põe em risco apenas os capitais investidos pelos sócios, mas interessa e afeta aos investidores, financeiros, fornecedores, fisco, empregados e consumidores, enfim, toda comunidade”²⁸.

Assim, tendo em vista a complexidade e extensão das modernas empresas nacionais e internacionais e a gravidade dos danos que a decretação da falência poderia acarretar aos interesses dos credores e a uma parcela considerável da sociedade, conforme a produtividade, o grau de contribuição para a economia do país e até mesmo o número de empregos oferecidos pela pessoa jurídica, se o negócio fosse interrompido imediatamente, a prática exigiu que, além das corriqueiras soluções da moratória e da concordata, fossem utilizados outros mecanismos de reorganização e saneamento das empresas em dificuldades.

2.2.1 Aplicação do artigo 74 do Decreto Lei 7.661/45

Dispunha o referido artigo da antiga lei falimentar acerca da continuação do negócio a requerimento, tão somente, do falido, desde que ouvidos o síndico e o representante do Ministério Público, sobre a conveniência do pedido. Em hipótese de deferimento do pedido pelo juiz, este iria nomear como novo administrador, pessoa idônea, proposta pelo síndico.

Tal dispositivo, ao conferir o direito de pleitear a continuação dos negócios somente ao falido, apresentava-se, de certo modo, retrógrado e individualista, desconsiderando os interesses coletivos que integram o conceito moderno de

²⁸ LOBO, Jorge. **Da Recuperação** ... op. cit., p. 160.

empresa; o ideal era que este direito também fosse transferido ao síndico ou aos credores.

Com relação à concessão do pedido de continuidade dos negócios pelo juiz, deveria ela ser pensada como uma tentativa de reequilibrar a empresa em crise, buscando desta forma manter a atividade empresarial, tão importante no panorama sócio-econômico mundial, consistente, além da produção de riquezas, no fornecimento de postos de trabalho, geração de tributos e programas sociais.

Nesse sentido, era o entendimento do professor Rubens Requião, ao afirmar que:

A inatividade da maquinaria de um estabelecimento industrial, por longo tempo, requer grandes despesas de conservação, e sua improdutividade agrava as despesas da massa, com seu enfraquecimento econômico. Outras vezes, tendo a falência atingido a empresa em normal atividade, é desaconselhável a suspensão da sua atividade inopinadamente, tendo um volume de produtos a acabar. A lei, por isso, admite a continuação do negócio do falido, consideradas as circunstâncias e admitida sua conveniência pelo juiz²⁹.

Assim, desde que reconhecido o verdadeiro interesse e vantagem para a massa de que o negócio do falido não deveria ter a sua atividade paralisada, deveria o juiz, depois de detida análise das peculiaridades dos negócios falido, conceder-lhe o direito de continuar suas atividades, vez que:

A permanência, nesse caso, não interessa apenas ao devedor e seus credores. Interessa também aos assalariados, pois a liquidação do negócio os dispersa e os coloca desempregados. Interessa ainda aos próprios sócios e acionistas, se se tratar de sociedade, vítimas de dirigentes incapazes e desonestos. Interessa também à economia do país, que sofrerá com a extinção de uma unidade econômica em pleno funcionamento e que melhor administrada poderá ser produtiva. A vida econômica tem imperativos que o direito não pode nem deve desconhecer. A continuação da empresa é um desses imperativos, quer quanto ao interesse social, como ao econômico³⁰.

²⁹ REQUIÃO Rubens. **Curso** ... op. cit., p. 149.

³⁰ LACERDA, José Candido Sampaio de. op. cit., p 157.

Ainda a cerca deste tema, Jorge Lobo escreveu que “se a empresa é econômica e financeiramente viável e/ou social, política e estrategicamente importante, ela não deve perecer, o que muitas vezes ocorre, infelizmente, por absoluta falta de instrumentos legais capazes de propiciar o seu reerguimento”³¹.

Nesse sentido foi a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

MS 99.499-1 – 2ª C. — rel. Des. Munhoz Soares, ACÓRDÃO

FALÊNCIA — Continuação do negócio do falido - Pedido deferido — Desídia do síndico e único credor no cumprimento dos deveres legais a ele impostos — Estabelecimento em que a freguesia constitui a parte mais importante, sendo a única empresa do gênero na região - Prejuízos notórios aos credores de serviços acarretados pela paralisação negocial — Irreparabilidade dos danos caso não atendida a pretensão — Prevalência do interesse da pessoa jurídica sobre o interesse econômico individual da pessoa física dos sócios e do credor — Nomeação de novo síndico equidistante das partes.

Tratando-se de falência de estabelecimento em que a freguesia constitui a parte mais importante, sendo a única empresa do gênero na região, notórios os prejuízos aos credores de serviços acarretados pela paralisação negocial, superiormente ao interesse econômico individual da pessoa física dos sócios e do único credor, que, satisfeito sem a decretação da quebra, descurou de suas funções de síndico, muito mais consentâneo com a justiça o deferimento do pedido de continuação dos negócios da falida, por evidente a irreparabilidade dos danos caso não atendida a pretensão, nomeando-se novo síndico equidistante das partes.

No mesmo caminho:

Continuidade dos negócios da falida – Admissibilidade – Medida que se impõe como solução adequada para minimizar os prejuízos sofridos pelos credores e pela própria falida, ante a desídia dos síndicos nomeados e dativo em gerirem o interesse da massa. Segurança concedida. (JTJ 119/404).

2.2.2 Aplicação do artigo 123, § 1º do Decreto Lei 7.661/45

³¹ LOBO, Jorge. **Direito** ... op. cit., p.169.

Este dispositivo da antiga Lei Falimentar previa as formas alternativas de liquidação do ativo da falida, as quais, por sua vez, deveriam ser autorizadas por credores que representassem, no mínimo, 2/3 (dois terços) dos créditos.

Dentro dessas possibilidades, estabelecia que os credores, caso desejassem, poderiam organizar uma sociedade para continuação das atividades do falido, ou autorizar o síndico a ceder o ativo a terceiro.

Desse modo, já na fase satisfativa do processo falimentar, a liquidação, a legislação previa dentre as formas para realização do ativo do falido, faculdade aos credores de optarem pela constituição de uma sociedade, sujeita a homologação do juiz, para a continuação dos negócios do falido, desde que representem pelo menos 2/3 (dois terços) do passivo admitido.

3. MUDANÇA PARADIGMÁTICA DO DIREITO FALIMENTAR PÁTRIO

Até meados do século passado a sociedade brasileira era basicamente rural, calcada no setor primário. Nesse contexto, a empresa desempenhava um papel de fundo; valores hoje arraigados, como função social, constante aperfeiçoamento de produtos e serviços, alta competitividade e concorrência, não tinham foco.

No entanto, novas necessidades se mostraram e com elas a obrigação de se valorizar o papel ocupado pelas empresas dentro da sociedade, uma vez que elas deixaram de ocupar um papel de mero pano de fundo, para assumirem a posição de grandes propulsoras da economia, através da execução de atividades de produção e fornecimento de produtos e serviços. Assim, com o advento de uma nova estrutura de mercados e capitais a empresa deixou de representar, no meio social, uma simples figura de absorção de mão-de-obra e circulação de riquezas e passou a desempenhar um papel de enorme relevância no meio social, capaz até, de definir parâmetros econômicos e políticos, como a tão esperada remodelação do direito falimentar.

Dessa forma, considerando a importância que a instituição empresarial conquistou nas últimas décadas, dentro do panorama sócio-econômico mundial, não se podia mais aceitar os inconvenientes causados pela sua quebra, diante dos poucos instrumentos que visavam a sua recuperação, traçados pela lei falimentar vigente à época, cuja redação estava despreparada e longe de tentar fazer com que o empresário insolvente se recuperasse e pudesse colocar a empresa de volta à ativa, visto que a sua idéia central era, fundamentalmente, a retirada do mercado das empresas que estivessem em dificuldade. Em sua obra Curso de Direito Falimentar Nelson Abrão defendia:

Convivemos com um diploma normativo que encerrou sua etapa de finalidade e serviço ao modelo com o qual deparávamos há meio século atrás, a realidade hodierna é deveras

singular, com a reformulação da ordem econômica, e mudança dos aspectos fundamentais na linha de preservação da empresa, afastando dela os administradores inábeis à condução da atividade organizada³².

Nesse sentido, reclamou-se por uma profunda atualização da Lei de Falências e Concordatas, a qual, promulgada em 1945, não satisfazia mais as demandas da sociedade. Na verdade, o que se buscou foi a inserção de uma lei que trouxesse para o sistema jurídico brasileiro “um eficiente mecanismo de recuperação das empresas em estado de crise econômica e que inserisse o país entre aqueles que não apenas estimulam a criação de novas empresas, competitivas e rentáveis, mas por igual, que se preocupam em não deixar perecer as já constituídas e em pleno funcionamento”³³ uma vez que a os grandes institutos da falência e concordata se revelavam estreitos para atender aos vultuosos interesses envolvidos nas grandes empresas modernas.

Todavia, cumpre destacar que, apesar de haver um perfeito consenso quanto à necessidade de atualizar-se a legislação falimentar, como bem anota Jorge Lobo:

Surgiu, outrossim, sérias divergências quanto à extensão das mudanças, das modificações, da reforma, porquanto, se boas razões militam a favor da revogação total da atual Lei de Falências, maiores e melhores existem em prol de uma revogação apenas parcial, de forma a incorporar, no mais curto espaço de tempo possível, ao Direito Positivo brasileiro, o que a experiência dos povos cultos demonstrou ser realmente útil ao empresário que atravessa dificuldades, aos seus credores, aos seus empregados, ao fisco e à coletividade³⁴.

Diante deste conflito de idéias, torna-se interessante fazer uma breve apresentação das correntes que se dividiam entre a substituição da Lei Falimentar e a sua manutenção com algumas adaptações.

³² ABRÃO, Nelson. **Curso** ... op. cit., p. 444.

³³ LOBO, Jorge. **Direito** ... op. cit., p. 266.

³⁴ *Ibidem*, p. 267.

3.1 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS FAVORÁVEIS À REFORMA

No posicionamento reformatório encontrava-se a maioria da doutrina pátria, autores como Fábio Konder Comparato, Nelson Abrão, Rubens Requião, Roberto Colombo Arnoldi, Leon Frejda Szklarowsky, Rubens Sant'Anna, entendiam que a legislação falimentar era eivada de arcaísmos e vícios insupríveis, mostrando-se completamente inviável para disciplinar os processos de reorganização econômica no âmbito concursal. Propunham em geral, a sua reformulação mediante um sistema mais ágil, com atenção à preservação da empresa economicamente viável.

Seguindo esse entendimento, ao discorrer sobre o tema, já na década de 70, o Prof. Fabio konder Comparato, esclareceu que a legislação falimentar, pela sua própria característica temporal, mantinha demasiadamente os postulados do processualismo e do caráter liquidatório do instituto falimentar e proclamava que:

O mínimo que se pode dizer nessa matéria é que o dualismo no qual se encerrou o nosso Direito Falimentar – proteger o interesse pessoal do devedor ou o interesse dos credores – não é de molde a propiciar soluções harmoniosas no plano geral da economia. O legislador parece desconhecer totalmente da empresa, como centro de múltiplos interesses – do empresário, dos credores, da região, do fisco, do mercado em geral – desvinculando-se da pessoa do empresário

De nossa parte, consideramos que uma legislação moderna da falência deveria dar lugar à necessidade econômica da permanência da empresa. A vida econômica tem imperativos e dependências que o Direito não pode, nem deve, desconhecer. A continuidade e a permanência das empresas são um desses imperativos, por motivos de interesse tanto social, quanto econômico³⁵.

Nelson Abrão, atacando o caráter processual excessivo do Decreto Lei 7.661/45, o qual se apresentava centrado no binômio devedor-credor, esclareceu que:

³⁵ COMPARATO, Fabio Konder. **Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa**. São Paulo: RT, 1970, p. 102.

Princípio basilar em que se assentou nossa Lei de Falências foi o de disciplinar meios tendentes a acertar a situação obrigacional entre devedor-credor, o que, até certo ponto se constitui em objetivo normal dos procedimentos concursais. Mas, exacerbou-se num processualismo tal que as trincas formais acabaram ofuscando a realidade econômica, de modo que o próprio fim precípua a que a lei se propõe – realização do direito dos credores – acaba frustrado³⁶.

Assim, considerando a urgência da necessidade da substituição da antiga Lei Falimentar, o mesmo autor, demonstrou sua indignação com a manutenção do Projeto de Lei 7.661/45 ao afirmar que:

Estamos retardando injustificada e intensamente a reforma da empresa, cujo escopo passa pela revisão do modelo que disciplina a concordata e também a falência, a Argentina que vive o sonho da moeda forte e da reorganização de sua economia, em julho de 1995 entregou à sociedade o diploma legal número 24.522 que cuidou de estabelecer as novidades adstritas aos procedimentos concursais, contendo evidentemente imperfeições que poderão ser revistas à medida em que os defeitos forem aparecendo, mas o que não se pode conceber é a permanência do Decreto-Lei 7.661/45 frente ao número de pedidos de falência que diariamente aumenta sem uma preocupação maior, exceto de fazer o requerimento e arranhar a imagem do devedor que nem insolvente chega a ser, mas impontual e com grandes perspectivas de adimplir a obrigação exigida³⁷.

Mais a frente, complementou :

Assumindo a preocupação de divisar o presente e o futuro, a realidade demanda uma nova concepção da empresa, em todos os seus limites, sobretudo na figura pragmática de sua estruturação, criando empregos, desenvolvendo tecnologia, representando receitas tributárias para o Estado, emprestando caminhos que viabilizem uma política econômica sedimentada na livre iniciativa, mas não basta valorar o sucesso sem que nos curvemos à redefinição de todas as entidades que passam pela crise, e o primeiro passo, talvez o mais importante, venha com uma nova legislação que atenda aos reclamos gerais e tenha a ousadia de romper com o passado recuperando as sociedades viáveis³⁸.

No que se refere ao Professor Rubens Requião, inúmeras foram as suas pregações em prol de um novo estatuto concursal. Em conferência ministrada em São Paulo, ainda na década de 70, o doutrinador já assinalava a caducidade da Lei de Falências, defendendo a sua atualização:

³⁶ ABRÃO, Nelson. **O novo direito falimentar: Nova Disciplina Jurídica da Crise Econômica da Empresa**. São Paulo: Rumo Gráfica, 1984, p. 164-165.

³⁷ ABRÃO, Nelson. **Curso** ... op. cit., p. 449.

³⁸ *Ibidem*, p. 454.

O que ocorre no setor dos mecanismos jurídicos de apoio às empresas insolventes é sintomático. A Lei de Falências caducou em vários dispositivos, desacreditando o instituto que não tem mais vigor para sanear o meio econômico. Debalde toda sociedade brasileira clama por sua reforma, mas o Ministério da Justiça inerte se desinteressa, permitindo que suas atribuições sejam assumidas pelo Ministério da Fazenda, como ocorreu com a Lei de Sociedade por Ações e com a Lei de Intervenção e Liquidação Extrajudicial³⁹.

Seguindo este mesmo raciocínio, o ilustre professor, na obra Curso de Direito Falimentar, de forma veemente afirmou que:

Muito mais que o Código Civil e do que o Código de Processo, tanto quanto, sem dúvida, o Código Penal e o Código de Processo Penal, se evidencia e se impõe a reforma da lei falimentar. A falência e a concordata, como institutos jurídicos afins, na denúncia de empresários e de juristas, se transformaram em nosso país, pela obsolescência de seus sistemas legais, mais do que nunca, em instrumentos de perfídia e de fraude dos inescrupulosos. As autoridades permanecem, infelizmente, insensíveis a esse clamor, como se o país, em esplendida explosão de sua atividade mercantil e capacidade empresarial não necessitasse de modernos e funcionais instrumentos e mecanismos legais e técnicos adequados à tutela do crédito, fator essencial para o seguro desenvolvimento econômico nacional⁴⁰.

Na mensagem 1.014/93 do Ministério da Justiça, que introduziu no Congresso Nacional o Projeto de Lei 4.376/93, que por sua vez, trata da falência, da concordata e da recuperação das empresas, disse o Exmo. Ministro da Justiça Maurício Corrêa:

O instituto da falência no Brasil, iniciado com o Código Comercial de 1850, e inteiramente inspirado na doutrina e legislação francesa, é atualmente regulado pelo Decreto Lei 7.6661, de 21/06/45.

Com as transformações econômico-sociais ocorridas no País, a legislação falimentar não mais atende aos reclamos da sociedade, fazendo-se necessária a edição de nova lei, mais ágil e moderna⁴¹.

No mesmo sentido, são os entendimentos dos renomados juristas Paulo Roberto Colombo Arnoldi e Leon Frejda Szklarowsky, respectivamente:

³⁹ REQUIÃO, Rubens. **Aspectos modernos de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, Volume II, 1980, p. 130.

⁴⁰ REQUIÃO, Rubens. **Curso ... op. cit.**, p. 247.

⁴¹ Diário da Câmara dos Deputados – Suplemento. Brasília: Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, dez 1998, p. 43. http://imagem.camara.gov.br/dc_20b.asp

Portanto a atual legislação falimentar não antecede os reclamos de uma economia moderna, onde a empresa passa a ser o centro das atenções, como grande geradora de bens, serviços, trabalho, tributos e tecnologia. A atual lei tem uma índole eminentemente processual e repressiva, dando-se ênfase a questões de ordem puramente técnico-jurídica, quando o fundamental, nessa matéria é o elemento econômico e social, como ocorre nas legislações dos países mais avançados, tendo uma função preventiva e saneadora da empresa⁴².

A vigente Lei de Falências merece ser reformada, imediatamente, para se adaptar ao novo milênio, que se aproxima velozmente, e a um mundo fascinante envolvido por novos mercados e blocos comerciais, profundas alterações político-sociais, queda e criação de novos impérios econômicos e Estados, numa universalização jamais vista, e por descobertas tecnológicas e científicas, que exigem do legislador mais que meros expedientes legislativos, senão intensa arte de ourivesaria, na elaboração legislativa, porque o verdadeiro direito é aquele que anda de mãos dadas com a justiça social e com a realidade⁴³.

Finalmente, cumpre apresentar o pensamento do doutrinador Rubens Sant'Anna, que não mediu esforços nos seus estudos, na tentativa de demonstrar a inaptidão do Decreto Lei 7.661/45 com a realidade sócio-econômica experimentada pelo país nas últimas décadas:

O mundo evoluiu, a economia fortaleceu-se, um novo Direito criou-se, sobretudo no plano das relações internacionais, onde a figura das empresas multinacionais se sobressai e avulta, praticamente dominando o grande comércio interno e externo das nações.

A ordem jurídica emergente, no mundo ocidental, coloca com prioridade os interesses sociais sobre os individuais, em uma sociedade em que o homem, permanecendo livre e produtivo, encontre amparo em normas de caráter coletivo, direcionadas não para proteger os privilégios de alguns mas para dar apoio, sustentação, recursos para todos.

O Direito Comercial não poderá ser um Direito cristalizado com o objetivo único do lucro, mas informado pelo Direito Econômico, voltado para os interesses sociais. Dentro dessa visualização do contexto jurídico mercantil, deve ser considerado o grave tema da insolvência e construído um novo diploma legal que a regule, tendo em linha de conta que a crise da empresa não é fato isolado, uma mal a ser prontamente liquidado, nem uma mácula a ser drasticamente combatida e punida⁴⁴.

⁴² ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **Direito comercial – Falências e Concordatas**. Leme: Editora de Direito, 2ª edição, 1999, p. 447.

⁴³ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **“A Lei de Falências. Sugestões ao substitutivo”**. Disponível em www.jus.com.br/doutrina/falenci.html Acesso 10/07/2006.

⁴⁴ SANT'ANNA, Rubens. **A falência da empresa – realidade contemporânea e perspectivas futuras**. Revista de Direito Mercantil, out/dez 1986, p. 43/44.

3.2 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS CONTRÁRIAS À REFORMA

Poucos foram os doutrinadores que se lançaram inteiramente no sentido contrário à Reforma da Lei Falimentar. Defendiam, em síntese, a desnecessidade da construção de um novo diploma legislativo, entendendo que o Antigo Decreto-Lei 7.661/45 se adaptava perfeitamente as modernas demandas, bastando para sua completa efetividade, uma nova forma de interpretação, obediente ao disposto no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil⁴⁵ e à luz da Constituição Federal, especialmente, do seu artigo 170⁴⁶.

Adeptos dessa corrente entendiam que, tanto os advogados, como juristas, membros do Ministério público, deveriam efetivar soluções mediante interpretação, integração e aplicação dos dispositivos legais vigentes à época, com vista ao reerguimento das empresas, manutenção do seu patrimônio, com o atendimento da produção e da preservação do trabalho, o que confluiria para os fins sociais e o bem comum.

⁴⁵ Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 5º: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

⁴⁶ Constituição Federal, artigo 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 sua sede e administração no País”.

Carlos Alberto Farracha de Castro, em obra intitulada Fundamentos do Direito Falimentar propôs que:

Hodiernamente, exige-se dos operadores do direito uma visão interdisciplinar, sendo que, muitas vezes, em outras ciências, tais como, na economia, na sociologia, na filosofia, na política, buscar-se-á os fundamentos e as soluções que permitam a pacificação social, possibilitando assim, que o direito se apresente de fato como instrumento de organização social, assegurando aos indivíduos uma sociedade justa e igualitária⁴⁷.

Partindo desse entendimento, defendia referido autor que se os operadores do direito dessem ao Decreto-Lei 7.661/45 a devida interpretação sistemática, à luz da Constituição Federal, não haveria a necessidade da reforma, ainda mais porque uma lei de falências desgasta-se rapidamente com o passar dos anos.

Nesse sentido afirmou que:

A interpretação sistemática do Decreto-Lei 7.661/45 à luz da realidade econômica atual e da Constituição Federal, afasta simples debates sobre a necessidade de reforma do Decreto-Lei 7.661/45, propiciando resultados concretos e efetivos, visando a preservação e reorganização da empresa.

Incumbe aos operadores do direito, militantes na área do Direito Falimentar, interpretar suas normas específicas à luz da Constituição Federal, diminuindo, assim, o descompasso existente entre a legislação falimentar e a realidade comercial, que sempre existirá⁴⁸.

E completou referindo-se que:

Em que pese a pertinência das críticas existentes ao Decreto-lei 7.661/45, ao nosso ver, referido diploma legal possui procedimentos e características que merecem elogios, como: (i) competência para declarar a falência da jurisdição onde esteja localizado o estabelecimento principal da empresa; (ii) universalidade e indivisibilidade do juízo falimentar; (iii) dever de indenizar os prejuízos da falência aos contratos do falido; (v) continuidade dos negócios da empresa falida (art. 74), assembleia de credores (art. 122), rito sumário para falência das pequenas empresas (art 200)⁴⁹.

⁴⁷ FARRACHA DE CASTRO, Carlos Aberto. **Fundamentos do Direito Falimentar – Doutrina, Jurisprudência, Legislação**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 129/130.

⁴⁸ FARRACHA DE CASTRO, Carlos Alberto. “**Uma nova visão do Direito Falimentar – A obrigatoriedade de adequação à luz da Constituição Federal**”. In: Revista de Direito Mercantil, nº 118, abril/jun 2000, p. 108.

⁴⁹ FARRACHA DE CASTRO, Carlos Alberto. “**Uma nova ... op. cit., p. 107.**”

No mesmo caminho, José da Silva Pacheco, discorrendo sobre os meios de solução para as empresas em crise no Brasil, elencou procedimentos constantes na própria Lei de Falências:

A nossa lei de Falências prevê, além da falência comum que cuidam os arts. 1º, 2º e 8º, a sumária das pequenas empresas (art. 200), a especial das concessionárias (art. 201), a concordata suspensiva (art. 177), a continuação dos negócios (art. 74), a convocação de assembléia para deliberar sobre a realização do ativo (art. 122) e a organização de sociedade para continuar a empresa (art. 123 e §§)⁵⁰.

E, ao se referir sobre a desnecessidade da elaboração de uma nova legislação falimentar, posicionou-se no sentido de que:

A nossa lei, embora de 1945, tem os caminhos de soluções razoáveis, que bem podem ser perseguidos mediante interpretação, à luz das novas idéias, tendo em vista as tendências do mundo atual. Desse modo, não se há de ficar no plano das invectivas contra a nossa lei ou nas proclamações em favor de reformas, mas tomar atitude mais consentânea com a realidade, e, objetivamente, interpretar e aplicar a lei falencial, que, em diversos dispositivos, tem o germe de soluções razoáveis para os problemas críticos das empresas⁵¹.

Diante de tais argumentos, apreende-se que referidos autores consideravam que, para que houvesse uma adaptação às modernas tendências empresarias, não era necessário refazer as leis existentes, mas simplesmente interpretá-las sistematicamente, com o objetivo de que o sistema jurídico brasileiro alcançasse o interesse geral de manutenção, com a recuperação econômica da empresa como unidade dinâmica, produtiva e competitiva e a satisfação dos credores, com o afastamento, eliminação e, se for o caso, punição dos dirigentes inaptos e fraudulentos.

Por sua vez, situado em uma corrente menos extremista, que admitia a necessidade de uma reforma apenas parcial da lei, Jorge Lobo, cuidou de fazer um longo estudo sobre a importância e repercussão das empresas na sociedade

⁵⁰ PACHECO, José da Silva. **Processo de Falência e Concordata**. Rio de Janeiro: Forense, 6ª edição, 1996, p. 7.

⁵¹ Ibidem, p. 7.

moderna, procurando demonstrar o imenso valor que elas representam para toda a coletividade, de modo que a falência deveria ser utilizada apenas para os casos em que o comprometimento financeiro da empresa atingisse patamares que impossibilitassem o seu salvamento, isto é, sua manutenção como ente produtivo.

Assim, no desenvolvimento de seus estudos chamou a atenção para a necessidade de se elaborar um anteprojeto de lei de reorganização econômica da empresa que:

- 1) se oriente por considerações de ordem econômica e não de natureza processual, como sói acontecer com a atual Lei de Falências e Concordatas, e
- 2) tenha presente que as malezas das empresas no Brasil não decorrem apenas de altos índices de endividamento mas, também de muitos outros fatores: sucessão do controlador; desentendimento entre sócios; falta de profissionalização da administração e de mão-de-obra desqualificada; baixa produtividade; excesso de imobilização e de estoques; mudanças nas políticas cambial e creditícia; obsolescência dos equipamentos; surgimento de novos produtos; redução das exportações; queda da cotação dos produtos agrícolas no mercado internacional; investimentos em novos equipamentos; inadimplência dos devedores, em particular o próprio Estado; retratação dos mercados consumidor; restrição das linhas de crédito de curto prazo pelos bancos, altos juros, etc.⁵²

Tais orientações tinham como escopo a idéia fundamental de que era necessário fazer, em curto espaço de tempo, uma reforma parcial do Decreto-lei 7.661/45, que tivesse como fim último, a manutenção das atividades empresariais e o saneamento e a preservação da empresa, diante do alto crescimento dos números de pedidos de falências e concordatas registrados nas últimas décadas no país.

O que urge fazer é promover uma ab-rogação ou reforma parcial da lei em vigor, por conseguinte mais rápida, simples e fácil, sem prejuízo da perfeição que se deve sempre buscar, do que a sua revogação ou reforma total, com vistas a dotar o país de medidas concretas ditadas pela exigência da prática, como sói acontecer com o instituto da reorganização ou recuperação da empresa em estado de crise econômica, que poderia com vantagem, substituir a concordata preventiva, que muito tem deixado a desejar, já que se limita a oferecer ao empresário apenas três medidas para livrar-se das dificuldades econômicas, financeiras ou administrativas em que se encontra, que são a moratória (alongamento, até o máximo de dois anos, do perfil das dívidas com os credores sem garantia), a remissão ou perdão parcial dos débitos e a moratória-remissória (a conjugação da dilação dos prazos de pagamentos e do perdão parcial das dívidas).

⁵² LOBO, Jorge. **Direito** ... op. cit., p. 233.

Assinale-se, por fim, que a disciplina do instituto da falência pela lei brasileira em vigor é de muito bom padrão técnico, equivalente as dos melhores modelos estrangeiros, atendendo de forma satisfatória aos múltiplos interesses em jogo, como de depreende do Anteprojeto da Lei de Falências, elaborado pelo instituto dos Advogados de São Paulo e encaminhado ao Ministério da Justiça no final do ano passado, em que são mantidos, praticamente sem alteração, a quase totalidade dos artigos da lei atual⁵³.

3.3 TRAMITAÇÃO DO PROJETO DE LEI DE REFORMA DO DIREITO FALIMENTAR

O descompasso entre a norma legal e a realidade fática, a existência de leis anacrônicas e a indiscutível insuficiência do Direito positivo levaram a Áustria, Estados Unidos da América, França, Inglaterra, Itália e Portugal a promulgarem novas leis e a Alemanha e a Espanha a empenharem-se na discussão de uma profunda reforma da legislação vigente, inspiradas na nova filosofia do direito da insolvência, que tem como idéia matriz e ultimo escopo salvar a empresa em estado de crise econômica, o que fez surgir o denominado 'Direito da crise econômica da empresa' ou 'Direito da empresa em crise'.⁵⁴

Esta tendência mundial culminou, após uma longa trajetória de discussões, marcada por grandes embates jurídicos entre doutrinadores e estudiosos do direito pátrio, no ano de 1993, com a elaboração, pelo Ministério da Justiça, de um Anteprojeto que versava sobre a nova Lei de Falências e Concordatas.

No mesmo ano, o Poder Executivo, enviou ao Congresso Nacional texto do projeto de lei, com o objetivo de regular a falência e a recuperação de empresas que exerciam atividade econômica, acompanhada da Exposição de Motivos do então Ministro da Justiça Dr. Maurício Corrêa.

No Congresso Nacional, referido projeto, tomou o número 4.376/93, e cuidava de três institutos, que eram a falência (denominado de liquidação judicial), a concordata preventiva e a recuperação da empresa.

⁵³ LOBO, Jorge. **Direito** ... op. cit., p. 268.

⁵⁴ Ibidem, p. 07.

Na comissão especial, destinada a emitir parecer ao referido projeto, foi apresentado o substitutivo do relator, deputado Oswaldo Biolchi, no qual a concordata preventiva foi suprimida do texto, passando o Projeto, em consequência, a regular apenas a recuperação e a liquidação judicial.

Esta foi a fase mais demorada do processo de elaboração da Nova Lei de Recuperação de Empresa e Liquidação Judicial, durando cerca de 10 anos. Muitos doutrinadores e aplicadores do direito já sentiam uma dificuldade em acreditar na efetiva publicação de uma lei que viesse atender aos reclamos da sociedade, entretanto, não desistiam de procurar demonstrar a real necessidade que se sentia da adoção de um novo instrumento normativo.

Nesse sentido são as palavras de Nelson Abrão:

Ninguém duvida do enorme desafio na aprovação do Projeto e das incessantes lutas que acabam retardando sua votação, mas uma coisa é absolutamente verdadeira, sem uma legislação voltada para a nossa realidade as perspectivas paralisam a livre iniciativa e refletem um quadro sombrio que somente poderá ser alterado na exata produção de uma disciplina jurídica falimentar consentânea com o momento da economia nacional, no seu contexto de globalização e inabalável concorrência⁵⁵.

Posteriormente, no final do ano de 2003, referido projeto, após ter sido aprovado pelo Plenário da Câmara, foi encaminhado ao Senado Federal, onde foi registrado como PLC nº 71/2003 e teve como relator designado o ilustre Senador Ramez Tebet.

Durante a tramitação do projeto no Senado Federal, diversas emendas e substitutivos foram apresentados, alterando consideravelmente seu conteúdo, principalmente, no tocante aos meios e formas de recuperação empresarial, em especial pela chamada “Subemenda à emenda global oferecida ao substitutivo

⁵⁵ ABRÃO, Nelson. **Curso** ... op. cit., p 454.

adotado pela comissão especial ao Projeto de Lei 4.376/93", a qual adotou a denominação de "Subemenda Substitutiva adotada pela Comissão às Emendas de Plenário oferecidas ao Projeto de Lei 4.376-A, de 1993". No entanto, o cerne do referido projeto de lei foi mantido, de modo que o instituto da recuperação de empresas permaneceu como ponto chave da reforma legislativa.

Com as alterações introduzidas pelo Senado Federal, o projeto teve que ser mais uma vez dirigido à Câmara dos Deputados, para que só após sua aprovação, pudesse ser encaminhado ao Presidente da República para sancionamento ou veto. Assim, com a aprovação pela Câmara, depois de transcorridos mais de 10 anos de tramitação, o projeto foi remetido ao Presidente da República Federativa do Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva, o qual, em 09 de fevereiro de 2005, sancionou a Nova Lei de Recuperação e Liquidação Judicial de Empresas, a qual recebeu o registro número 11.101/2005.

Os objetivos da Comissão que elaborou originalmente o projeto de lei, concentravam-se, principalmente, na modernização do vigente diploma legal, promulgado numa época em que o Brasil ainda se encontrava numa fase subdesenvolvida, num contexto empresaria distinto do que temos hoje.

A recuperação da empresa era e continuou sendo o principal ponto do projeto, visando reorganizá-la, ao invés de extingui-la, para a manutenção do empregado, da preservação da produção e da circulação da riqueza, visando o desenvolvimento e o bem estar social.

Esse pensamento representou efetivamente um avanço na estrutura do sistema empresarial, principalmente quando o PLC 71/2003, modificado pelo

Senado Federal, adotou em seu artigo 47, os princípios da preservação do crédito, do pleno emprego, da preservação da empresa e sua função social.⁵⁶

Com efeito, quando a finalidade da lei é a liquidação da empresa, basta a existência do pressuposto objetivo jurídico do inadimplemento ou da cessação ou da suspensão dos pagamentos; todavia, se a *ratio legis* é salvação da empresa (*sauvetage de l'entreprise*), os critérios econômicos passaram ao primeiro plano, daí dizer-se, em síntese, que, quando o objetivo da lei é recuperar a empresa, se deve considerar não o pressuposto objetivo jurídico do inadimplemento de obrigação líquida e certa de título que legitime a ação de execução ou da cessação ou da suspensão dos pagamentos das dívidas vencidas, mas o pressuposto objetivo-econômico do estado de crise da empresa ou, melhor ainda, o pressuposto objetivo do tipo aberto, para usar a linguagem do discurso tipológico de Karl Larenz, sendo imprescindível bem compreender esta distinção para tratar, com proficiência, da unidade do sistema concursal.⁵⁷

3.4 ASPECTOS GERAIS DA LEI 11.101

De maneira inovadora, a Lei 11.011/2005, que entrou em vigor em junho de 2005, trouxe importantes inovações aos processos falimentares e de recuperação de empresas em dificuldade, tornando-os mais céleres e eficientes. A redação dos dispositivos fundamentou-se, especialmente, na adoção dos seguintes princípios:

Preservação da empresa, separação dos conceitos de empresa e de empresário, recuperação das sociedades e empresários recuperáveis, retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis, proteção aos trabalhadores, redução do custo do crédito no Brasil, celeridade e eficiência dos processos judiciais, segurança jurídica, participação ativa dos credores, maximização do valor dos ativos do falido, desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte e rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação de empresas⁵⁸.

⁵⁶ “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.”.

⁵⁷ LOBO, Jorge. **Direito** ... op. cit., p. 8.

⁵⁸ TEBET, Ramez. **Parecer nº 534, de 2004 da Comissão de Assuntos Econômicos, sobre o PLC nº 71, de 2003**. Diário do Senado Federal em 10/06/2004.

Entendeu o legislador que a instituição empresarial precisava de mecanismos que a auxiliassem a superar os momentos de crise, para que assim, a própria sociedade não viesse a sofrer os reflexos negativos frutos de uma possível decretação de falência. Afinal, na atual circunstância, a empresa exerce um papel extremamente fundamental para o bem da coletividade: geração de empregos, movimentação da economia, exportação e importação de mercadorias, geração de tributos, assim, não se poderia mais permitir que os únicos meios de recuperação empresarial fossem aqueles restritamente previstos no Decreto-Lei 7.661/45.

Assumindo a preocupação de divisar o presente e o futuro, a realidade demanda uma nova concepção da empresa, em todos os seus limites, sobretudo na figura paradigmática de sua estruturação, criando empregos, desenvolvendo tecnologia, representando receitas tributárias para o Estado, emprestando caminhos que viabilizem uma política econômica sedimentada na livre iniciativa, mas não basta valorar o sucesso sem que nos curvemos à redefinição de todas as entidades que passam pela crise, e o primeiro passo, talvez o mais importante, venha com uma nova legislação que atenda aos reclamos gerais e tenha a ousadia de romper com o passado recuperando as empresas viáveis.

(...)

É vital e de transcendental importância a visualização do poder da empresa, independente do seu porte e número de sócios, a estrutura supera o limite temporal da crise e deita um planejamento caracterizado pela possibilidade de continuidade de sua atividade⁵⁹.

Nesse sentido, foi extinta a ineficiente concordata, que há muito já não era utilizada para o fim destinado, qual seja, a recuperação efetiva de uma empresa. Servia tão somente para retardar a decretação da falência e seus efeitos. Tal instituto foi substituído pela recuperação judicial e recuperação extrajudicial, as quais são reservadas aos devedores que apresentem condições de superar determinada situação de crise econômico-financeira. “Em outros termos, somente as empresas

⁵⁹ ABRÃO, Nelson. **Curso** ... op. cit., p. 451/454 .

viáveis devem ser objeto da recuperação judicial ou extrajudicial⁶⁰”. Ou ainda, como sabiamente escreveu Paulo Penalva Santos:

Um sistema concursal que pretenda pôr em prática o princípio da conservação da empresa não pode consistir em um mecanismo indiscriminado de conservação de qualquer empresa. O direito moderno não pode desprezar a questão fundamental de se saber em que casos as empresas devem desaparecer, e quando devem ser conservadas.

Na realidade, o direito concursal deve ser um marco legal que permita, com os menores custos sociais possíveis, a reestruturação ou desaparecimento de empresas ineficientes, com o deslocamento dos fatores de produção para campos de maior rentabilidade. Para cada uma dessas hipóteses a lei deve estabelecer a eliminação ou a conservação da empresa⁶¹.

Referidos institutos têm como fundamentos norteadores a promoção da preservação da empresa, da sua função social e do estímulo à atividade econômica, permitindo, assim, “o saneamento da crise econômico-financeira e patrimonial, preservação da atividade econômica e dos seus postos de trabalho, bem como o atendimento dos interesses dos credos⁶²” e, por conseguinte, da própria sociedade. “Uma vez recuperada, a empresa poderá cumprir sua função social⁶³”.

A idéia de recuperação refere-se à possibilidade de a empresa devedora apresentar um plano de recuperação judicial a ser aprovado pelos credores, ou, ainda, de requerer a homologação, em juízo, de um plano de recuperação extrajudicial previamente acordado com os titulares dos créditos vencidos e vincendos, objetivando solucionar as dificuldades enfrentadas pela empresa e, concomitantemente, proporcionar aos interessados, na medida do possível, o recebimento dos valores a eles devidos. Assim, o oferecimento aos credores de um

⁶⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, volume III, 5ª edição, 2005, p. 383.

⁶¹ PENALVA SANTOS, Paulo. “**O novo projeto de recuperação da empresa**”. In: RDM, jan/mar 2000. p. 128-129.

⁶² COELHO, Fábio Ulhoa. *Ibidem*, p. 381-382.

⁶³ *Ibidem*, p. 382.

plano de recuperação representa, na prática, o envolvimento de negociações e concessões mútuas, além de providências e compromissos do devedor visando a persuadir os credores da viabilidade do plano.

Consoante o entendimento defendido por Manoel Justino Bezerra, a nova lei:

Pretende trazer para o instituto da falência e da recuperação judicial uma nova visão, que leva em conta não mais o direito dos credores, de forma primordial, como ocorria na lei anterior. A lei anterior de 1945, privilegiava sempre o interesse dos credores, de tal forma que um exame sistemático daqueles artigos demonstra a ausência de preocupação com a manutenção da empresa como unidade produtiva, criadora de empregos e produtora de bens e serviços, enfim, como atividade de profundo interesse social, cuja manutenção deve ser procurada sempre que possível.⁶⁴

Desse modo, a nova lei falimentar veio ao encontro das necessidades da sociedade, permitindo de maneira mais concreta que o empresário consiga manter a atividade empresarial, continuando o exercício das suas funções, atuando como um instrumento de conservação dos postos de trabalho, geração de riquezas, circulação de bens e conseqüente melhora das condições sociais do país. Este novo instituto da recuperação, essencialmente, objetiva evitar o efeito dominó de crise sócio-econômica que o fechamento das empresas em dificuldade poderia causar no âmbito social. Percebe-se com isso, a inequívoca intenção do legislador de optar por medidas de saneamento empresarial, tendo em vista a função social desempenhada pela atividade empresarial, buscando a manutenção da ordem econômica nacional. Com a entrada em vigor da nova Lei de Recuperação de Empresas o país tem à disposição uma legislação moderna, eficiente e capaz de estimular o desenvolvimento econômico brasileiro.

4. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

⁶⁴ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova Lei de Recuperação e Falências - Comentada**. São Paulo: Revista do Tribunais. 3ª edição, 2005, p. 129.

Podemos identificar o fenômeno da constitucionalização do direito privado, como a superação da perspectiva que via o universo jurídico dividido em dois mundos radicalmente diversos: o direito público de um lado, e o direito privado do outro.

Nos Estados de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e, sobretudo, o Brasil, a constitucionalização do Direito é um processo mais recente, embora muito intenso. Verificou-se, entre nós, o mesmo movimento translativo ocorrido inicialmente na Alemanha e em seguida na Itália: a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico⁶⁵.

A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios.

Do centro do sistema jurídico foi deslocado o Direito Privado, o qual, desempenhou no Brasil, o papel de um direito geral, que precedeu muitas áreas de especialização, e que conferia certa unidade dogmática ao ordenamento, mas que nas últimas décadas já vinha perdendo influência no âmbito do próprio direito privado.

Ao longo do tempo, na medida em que o Código envelhecia, inúmeras leis específicas foram editadas, passando a formar microssistemas autônomos em relação a ele. Nesse aspecto, disserta Maria Celina Bodin:

Diante da nova Constituição e da proliferação dos chamados microssistemas, como, por exemplo, a Lei do Direito Autoral, e recentemente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei das Locações, é forçoso reconhecer que o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado. Tal pólo foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito - O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil** – p.26.

fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento⁶⁶.

Assim, consoante o entendimento da civilista Maria Celina Bodin, a exemplo do que se passou em outros ordenamentos, também entre nós deu-se a "descodificação" do direito civil, fenômeno que não foi afetado substancialmente pela promulgação de um novo Código Civil em 2002, com vigência a partir de 2003.

Nesse ambiente, a Constituição passou a ser não apenas um sistema em si, com a sua ordem, unidade e harmonia, como também, reafirmou de maneira mais intensa, um processo que já vinha ocorrendo no ordenamento jurídico pátrio, qual seja, o de interpretar todos os demais ramos do Direito, a partir das diretrizes fixadas pelo próprio texto da Carta Maior. "A norma fundamental converte-se sempre por esta via em questão prévia de toda a interpretação, de sorte que nenhuma lei pode ser interpretada isolando-se dela".⁶⁷ Este fenômeno, sinteticamente, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e entendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.

Fortalece-se, assim, a cada dia, a tendência de não mais se permitir a utilização das normas constitucionais apenas em sentido negativo, isto é, como limites dirigidos somente ao legislador ordinário, sustentando-se, ao contrário, o seu caráter transformador, entendendo-as como fundamento conjunto de toda a disciplina infraconstitucional, como princípio geral de todas as normas do sistema⁶⁸.

Dessa forma, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal e única marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de

⁶⁶ BODIN, Maria Celina. **A caminho de um Direito Civil Constitucional**. In: Revista de Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 17, nº 65, julho-setembro/1993, p. 24.

⁶⁷ SILVA, Celso de Albuquerque. **Interpretação constitucional operativa: princípios e métodos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 124.

⁶⁸ Ibidem, p. 28.

outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.

Portanto, a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas, também, como vetor de interpretação de todas as demais normas do sistema.

Em outras palavras, afirma-se que a Constituição não é apenas um programa político a ser desenvolvido pelo legislador e pela administração, mas contém normatividade jurídica reforçada, pois suas normas são qualitativamente distintas e superiores às outras normas do ordenamento jurídico, uma vez que incorporam o sistema de valores essenciais à convivência social, devendo servir como parâmetro de confronto para todo o ordenamento jurídico, além de auxiliar a este como critério informativo e interpretativo validamente.⁶⁹

4.1 A NOVA LEI DE FALÊNCIAS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Como registrado acima, é inegável a forte influência e participação que o direito privado sofreu, em nosso ordenamento jurídico, da Carta Constitucional de 1988, especialmente, naquilo que se refere aos princípios erigidos ao texto constitucional. Como bem leciona Maria Celina Bodin “os princípios e valores constitucionais devem se estender a todas as normas do ordenamento, sob pena de se admitir a concepção de um ‘mondo in frammenti’, logicamente incompatível com a idéia de sistema unitário”⁷⁰, e mais a frente complementa, afirmando que se configura inevitável, por tal razão “a inflexão da disciplina privatística em obediência aos enunciados constitucionais, os quais não mais admitem a proteção da

⁶⁹ FACCHINI Neto, Eugênio. **Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado**. IN:Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2ª edição, 2006, p.41.

⁷⁰ BODIN, Maria Celina. op. cit., p. 24.

propriedade e da empresa como bens em si, mas somente enquanto destinados a efetivar valores existenciais, realizadores da justiça social”⁷¹.

Acerca do tema da constitucionalização do direito falimentar, Carlos Alberto Farracha de Castro dispõe:

O estudo do direito falimentar e, por conseguinte, dos seus fundamentos, nasce da análise e respeito aos valores presentes e sistematizados na constituição da República de 1988, provenientes das opções político-jurídicas do legislador constituinte, máxime porque nossa lei fundamental observou setores até então regulados pela legislação infraconstitucional⁷².

A Constituição Federal de 1988, fixa como princípios jurídicos fundamentais, diretores da ordem econômica, a valorização do trabalho humano, a busca do pleno emprego e a livre iniciativa. Estes princípios foram adotados pela Lei nº 11.101/2005, na medida em que ela expressamente descreve a necessidade de preservar-se a empresa, ao invés de meramente liquidá-la.

O legislador compreendeu a importância econômica da empresa na sociedade contemporânea, e por essa razão, norteou a elaboração do novel diploma falimentar, no sentido de que toda a atividade econômica deveria sempre girar em torno da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, cabendo equilibrá-los com a busca do pleno emprego, a função social da empresa e a necessidade de preservá-la.

Por isso, a Constituição Econômica do Brasil em vigor, como, de resto, regra geral, a dos países ocidentais, é um repertório de normas inspiradas no mercantilismo, no liberalismo, no socialismo e no intervencionismo, o que nos obriga a volver ao início da civilização moderna, para bem compreender a Constituição de 1988 e dela extrair, com segurança, tudo o que de bom – e é muito – ela contém, com o claro propósito de demonstrar que, *estando em crise a empresa privada, é dever do Estado envidar esforços no sentido de recuperá-la*⁷³.

⁷¹ BODIN, Maria Celina. op. cit., p. 28.

⁷² FARRACHA DE CASTRO, Carlos Alberto. **Fundamentos** ... op. cit., p. 24.

⁷³ LOBO, Jorge. **Direito** ... op. cit., p. 207.

Constatou-se, assim, a necessidade de adequar a lei falimentar a estes princípios. E esta foi a preocupação dos Legisladores ao elaborarem o PLC 71/2003 que culminou na Lei nº 11.101. Afinal, não era mais possível conciliar uma norma que conduzia ao desaparecimento empresas viáveis, em dificuldades momentâneas, com os graves problemas daí decorrentes e com uma ordem constitucional que caminhava em sentido contrário.

Seguindo esse raciocínio, trago a baila, neste tópico, uma breve apresentação a cerca de alguns princípios constitucionais elencados na Lei nº 11.101, tais como: o princípio da preservação do crédito, o princípio do pleno emprego e o da valorização do trabalho humano, o princípio da função social da empresa e o da sua preservação e o princípio da economia e celeridade processual.

4.2 PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DO CRÉDITO

De modo geral, a doutrina entende que um bom sistema de resolução de insolvências deve estabelecer mecanismos ordenados de resolução de conflitos, que possibilitem a composição de interesses para as empresas com problemas econômico-financeiros e para os seus credores, “sinalizando aos agentes econômicos os possíveis resultados a serem obtidos em suas estratégias de negócios”⁷⁴.

Para tanto, a elaboração da nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas, a partir desse entendimento, procurou proporcionar ao país um sistema

⁷⁴ COSTA, Ana Carla Abrão. “**Sistemas Legais de Insolvência, Incentivos e Mercado de Crédito: uma abordagem institucional**”. Anais do XXXIV Encontro Nacional de Economia, Anpec, maio/2004.

de insolvências equilibrado e eficiente, com certa flexibilidade e introdução de princípios constitucionais, além da apresentação de mecanismos de recuperação condizentes com a realidade socioeconômica do país, para que, assim, devedor e credores cheguem a uma solução que seja a melhor possível para a sociedade, qual seja, a continuidade da capacidade de geração de emprego e renda da empresa.

Assim, diante dessa necessidade cada vez maior se manter em funcionamento empresas viáveis, devido aos benefícios que elas podem trazer para a sociedade como um todo, ou, os estragos que elas podem gerar, caso tenham suas atividades encerradas, precipitadamente, buscou o legislador, através do estabelecimento dos meios de recuperação, norteado pelo princípio da preservação do crédito, balancear, adequadamente, entre devedor e credores, uma justa divisão dos riscos, uma vez que, do contrário, caso a lei não previsse tais medidas, poderia ela tomar o sentido de ser excessivamente favorável ao devedor ou credores, de modo a comprometer o sistema econômico como um todo, reduzindo o número de negócios e transações e restringindo o funcionamento do mercado de crédito, com os conseqüentes impactos negativos sobre o desenvolvimento econômico e social do país.

Dessa forma, ao primar pela recuperação da empresa que demonstra viabilidade econômico-financeira, a nova Lei Falimentar procurou, também, de maneira direta, incentivar os fornecedores de créditos, a investirem nessas empresas em processo de recuperação, uma vez que a expectativa de que o devedor conseguirá quitar suas obrigações ao final do ciclo é bastante grande. Do contrário, caso não houvesse esse incentivo, dificilmente uma empresa que se encontra, momentaneamente, em crise conseguiria se recuperar, pois não disponibilizaria de capital de giro para realizar suas atividades.

Por conta disso, é que a Lei 11.101/2005 buscou conferir maior segurança jurídica aos detentores de capital, “com a preservação das garantias, bem como, com normas precisas sobre a ordem de classificação de créditos na falência, a fim de que se incentive a aplicação de recursos financeiros a custo menor nas atividades produtivas, com o objetivo de estimular o crescimento econômico”⁷⁵.

Nesse passo, a lei nº 11.101/2005 atende aos anseios constitucionais, na medida em que, permite a reorganização daquele empresário que goza de prestígios creditícios, indispensáveis à atividade mercantil, a partir do balanceamento dos riscos e da maior segurança oferecida aos detentores de crédito, haja vista a introdução no sistema falimentar de medidas eficientes para a concretização da recuperação da empresa que passa por dificuldades. Conforme o doutrinador Jorge Lobo:

Atualmente, em virtude da influencia das idéias de conteúdo econômico e da importância da empresa como organismo produtor de bens e riquezas, o caráter penal e repressivo da falência e concepção de que se vede promover a liquidação do patrimônio para realizar a *pars contiduo creditorum* cederam lugar ao sistema de reorganização e recuperação das empresas deficitárias, de forma a criar condições de fazê-la sair do ‘buraco’ e voltar e voltar a exercer as funções e atividades que motivaram a sua condição⁷⁶.

4.3 PRINCÍPIO DO PLENO EMPREGO E DA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO

Dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, constantes no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, merece destaque o inciso IV, pois defende “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

⁷⁵ TEBET, Ramez. op. cit.

⁷⁶ LOBO, Jorge. **Da Recuperação** ... op. cit., p 32.

Do mesmo modo, o artigo 170, inciso III, da Constituição Federal, coloca entre os princípios da ordem econômica, a busca do pleno emprego, que representa a utilização de toda, ou da maior parte da força de trabalho disponível, garantindo-se oportunidade de trabalho a todos em condições de exercê-lo.

Por isso, ao terem como único ou principal bem sua força de trabalho, justifica-se a proteção dada aos trabalhadores pela nova legislação falimentar, não só em relação à precedência no recebimento de seus créditos na recuperação judicial, mas através da utilização de instrumentos que, por preservarem a empresa, preservam também seus empregos e criam novas oportunidades para aqueles que estão em busca de oportunidades de trabalho.

Pertinente citar a preocupação dos doutrinadores que se debruçam na defesa dos interesses dos empregados, como Jorge Luiz Souto Maior: “A valorização do trabalho não pode ser apenas um exercício de retórica do legislador constituinte nem um princípio esquecido do Judiciário. Como todo valor, deve sair do papel e servir à vida para aperfeiçoar a convivência entre os homens, tornando-se mais justa e melhor”⁷⁷.

Nesse sentido, a Lei de Recuperação de Empresas, norteadada pelo princípio do pleno emprego, busca beneficiar tanto o empresário, que poderá continuar sua atividade e até melhorar sua produção; quanto o empregado, que será mantido seu posto de trabalho. Isto resulta na valorização do trabalho humano e na concretização de uma existência digna, conforme previsão constitucional.

⁷⁷ MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O Direito do Trabalho Como Instrumento de Justiça Social**. São Paulo: Editora Ltr, 2000. p 365.

4.4 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E DA SUA PRESERVAÇÃO

Desde há muito tempo nossos doutrinadores têm entendido que, em razão de sua função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica, renda, impostos e cria empregos. Contribui para o crescimento e o desenvolvimento social do País.

Por tudo isso, atentos aos fatos – a economia mundial está em crise, a economia brasileira está em crise, a empresa está em crise – e os modernos princípio do direito comercial – a empresa, como verdadeira instituição democrática tem uma função social a cumprir -, vejamos quais são as soluções teóricas para a crise da empresa ou que pode, ou melhor, o que deve fazer o jurista, no campo de sua atuação, para evitar que a crise da economia afete, quiçá de forma irremediável, empresas, nacionais e estrangeiras, que atuam no mercado, gerando empregos, impostos, divisas, riquezas⁷⁸.

Estas palavras de Jorge Lobo traduzem a grande importância da empresa como instituição indispensável à consecução dos fins sociais, merecedora, portanto, de regramento que viabilize sua permanência, em momentos de dificuldades financeiras.

Pode-se dizer, então, que a função social culmina com a necessidade da preservação da empresa benéfica para sociedade, sendo, portanto, o princípio da preservação da empresa resultado do princípio da função social da empresa.

E, por esta razão, sempre que for possível, o Estado deve dar instrumentos e condições para que a empresa se recupere e mantenha a sua estrutura organizacional ou societária, estimulando, assim, a atividade empresarial, ainda que com modificações.

A evolução histórica do instituto da falência em verdade demonstra que, hoje, mais do que nunca, há um grande interesse do Estado na permanência das empresas econômica e financeiramente viáveis, o que fez surgir o denominado 'princípio da conservação da

⁷⁸ LOBO, Jorge. **Da recuperação** ... op. cit., p. 38.

empresa', segundo o qual ela representa um valor objetivo de organização que deve ser preservada, pois toda crise da empresa causa um prejuízo à comunidade⁷⁹.

Este é o progresso ocorrido no direito falimentar, que não pode mais continuar prestigiando a mera liquidação da empresa. A propósito, Fabio Konder Comparato assevera:

É das empresas que provem a grande a maioria dos bens e serviços consumidos pelo povo, e é delas que o estado retira a parcela maior de suas receitas fiscais. É em torno da empresa, ademais, que gravitam vários agentes econômicos não-assalariados, como os investidores de capital, os fornecedores, os prestadores de serviços. Mas a importância social dessa instituição se limita esses efeitos notórios. Decisiva é hoje, também, sua influência na fixação do comportamento de outras instituições e grupos sociais que, no passado ainda recente, vivem fora do alcance da vida empresarial. Tanto as escolas quanto as universidades, os hospitais e os centros de pesquisas médicas às associações artísticas e os clubes desportivos, os profissionais liberais e as forças armadas, todo esse mundo tradicionalmente avesso aos negócios viu-se englobado na vasta área de atuação da empresa. A constelação de valores típica do mundo empresarial – o utilitarismo, a eficiência técnica, a inovação permanente, a economia de meios – acabou por avassalar todos espíritos, o homogeneizando atitudes e aspirações⁸⁰.

Entretanto, é mister esclarecer que referido princípio não pode resultar no equivocado entendimento de que toda e qualquer empresa será preservada. Pelo contrário. Na medida em que o princípio dispõe a necessidade de preservar-se a empresa que beneficia a sociedade como um todo, em contra partida, gera a conclusão de que, se a empresa é maléfica à sociedade, com muito mais propriedade deve ocorrer a sua extinção.

Evidentemente que o princípio da preservação da empresa não pode ser interpretado ao extremo. Em outras palavras, mas com igual alcance, muito embora o Estado conceda instrumentos à recuperação da entidade, não pode permitir que aquelas em situações precárias, com problemas crônicos e sem condições de soerguimento se mantenham abertas. Haverá a inequívoca necessidade de retirada do mercado daquelas empresas deficitárias e sem solução, afim de evitar o agravamento de seus problemas, puxando para a mesma situação aquelas entidades saudáveis, com verdadeiro efeito dominó⁸¹.

⁷⁹ LOBO, Jorge. **Direito** ... op. cit., p. 6.

⁸⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 3.

⁸¹ CLARO, Carlos Roberto. **Revocatória Falimentar**. Curitiba: Juruá. 3ª edição, 2005, p.248.

Por outro lado, uma vez que a Constituição Federal de 1988 atribuiu caráter constitucional à busca do pleno emprego, por via de consequência, a empresa deve ser dotada de função social, donde também resulta o princípio da função social da empresa e da sua preservação.

Neste raciocínio, Carlos Alberto Farracha de Castro esclarece que o princípio constitucional da busca do pleno emprego corresponde ao princípio da preservação da empresa e, conforme o professor Alfredo Assis Gonçalves Neto:

Pode-se observar que o princípio da busca do pleno emprego, por exemplo, corresponde o da preservação ou da manutenção da empresa (de que é corolário o da recuperação da empresa), segundo o qual, diante das opções legais que conduzem a dúvida entre aplicar regra que implique a paralisação da atividade empresarial e outra que possa também prestar-se à solução da mesma questão ou situação jurídica sem tal consequência, deve ser aplicada essa última, ainda que implique sacrifício de outros direitos também dignos de tutela jurídica.⁸²

Finalmente, ainda sobre a função social da empresa, ensina Carvalhosa:

Tem a empresa uma óbvia função social, nela sendo interessados os empregados, os fornecedores, a comunidade em que atua e o próprio Estado, que dela retira contribuições fiscais e parafiscais. Considerando-se principalmente três as modernas funções sociais da empresa. A primeira refere-se às condições de trabalho e às relações com seus empregados [...] a segunda volta-se ao interesse dos consumidores [...] a terceira volta-se ao interesse dos concorrentes [...]. E ainda mais atual é a preocupação com os interesses de preservação ecológica urbano e ambiental da comunidade em que a empresa atua⁸³.

4.5 PRINCÍPIO DA ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAL

Trilhando o mesmo caminho anteriormente traçado pelo constituinte, o legislador do novel diploma falimentar, optou por adotar, expressamente, no corpo

⁸² GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. **Apontamentos de Direito Comercial**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 99.

⁸³ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, Volume III, 1977, p. 237.

da Lei nº 11.101, o princípio da economia e celeridade processual, inserindo no artigo 75, parágrafo único, que, “o processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual”.

A defesa do princípio da celeridade processual consiste em diretriz essencial para a consecução dos fins precípuos da justiça. Por mais que se almeje a rápida solução dos conflitos, o ritmo do processo falimentar não pode desprezar as garantias constitucionais. O processo falimentar é um método organizado de atos para o pedido e defesa de direitos, sendo incompatível com a justiça que não se dê reais oportunidades para os devedores se manifestarem.

(...)

A economia processual importa na simplificação e na racionalização do processo falimentar, suprimindo formalidades que possam ser dispensadas, sem prejuízo para as partes, para que se possa ter uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva⁸⁴.

Note-se, que ambos os princípios estão intimamente relacionados, uma vez que, juntos visam tornar o processo falimentar um instrumento mais eficiente e rápido para a solução dos problemas que são apresentados à Justiça como um todo, seja em matéria de recuperação judicial, seja de falência, ou até mesmo de assunto fundado em crimes falimentares.

Tal opção, manifestamente expressa pelo legislador falimentar, encontra respaldo, nada mais que, na Constituição Federal, que em seu artigo 37 determina que o Estado deve ser eficiente em sua atuação⁸⁵.

Tarefa árdua assumida pelos legisladores do projeto da nova lei falimentar, pois não é de hoje a preocupação com a lentidão dos processos judiciais.

Comentando o tema, Wilson de Souza Campos Batalha e Sílvia Maria L. Batalha de Rodrigues Neto retratam que:

⁸⁴ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Comentários à Nova Lei de Falências**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 332.

⁸⁵ Artigo 37 da Constituição Federal: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”

Desde o Código Comercial de 1850, as legislações em nosso país vieram sendo criticadas pela morosidade, pela complexidade e pela insegurança dos processos falimentares. Já em 1866, na Câmara dos Deputados, fazia-se ouvir a voz do Conselheiro Nabuco reclamando modificações nos dispositivos legais.⁸⁶

Neste ponto, acertada a intenção do legislador, onde, com vistas a promover a celeridade do processo, para que os recursos interpostos sejam recebidos somente em efeito devolutivo, impedindo a suspensão do processo e os prejuízos materiais decorrentes do atraso.

Também na busca de maior celeridade do processo, a nova lei possibilita que citações, intimações, notificações, reclamações e comunicações sejam realizadas por qualquer meio de transmissão de mensagens que determine a recepção instantânea e confirmação imediata e pessoal pelo destinatário, como aparelho de fax ou correio eletrônico.

São avanços que beneficiam a todos os envolvidos no processo judicial de recuperação da empresa, uma vez que, influenciados pelo princípio da celeridade e economia processual.

“Para tanto, não basta uma lei moderna; é preciso que o Judiciário esteja aparelhado suficientemente com vistas à aplicação do texto; que aqueles candidatos a administrador judicial tenham inequívoca ciência de suas atribuições e que conheçam satisfatoriamente o novo texto. Ainda, todos aqueles que têm contato com o processo, desde o funcionário do cartório, que coloca os papéis em ordem, até o juiz condutor do processo e o agente ministerial, deverão estar imbuídos de que os atos carecem ser praticados de forma célere e o menos burocratizante possível”⁸⁷.

⁸⁶ BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETO, Sílvia Maria L. Batalha de. **Falências e Concordatas**. São Paulo: Editora LTr. 3ª edição, 1999, p. 12.

⁸⁷ CLARO, Carlos Roberto. op. cit., p.269

5. LEI 11.101/2005 E A MANUTENÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

Na seara do Direito Falimentar, uma das maiores preocupações dos juristas sempre foi com relação aos meios para evitar a quebra. Essas formas preventivas testaram vários sistemas, mas sempre sob a ótica estreita dos interesses do devedor ou dos credores. Somente nas últimas décadas é que se chegou à conclusão de que era importante adotar o procedimento de reorganização da empresa, diferente dos modelos até então existentes, para evitar o seu desaparecimento quando houvesse um interesse social relevante⁸⁸.

Do ponto de vista econômico, a doutrina defende a idéia de que a legislação falimentar deve ter como objetivo primordial criar mecanismos para que situações de insolvência tenham soluções previsíveis, céleres e transparentes, de modo que os ativos da empresa que enfrenta dificuldades possam ser preservados e continuem, assim, cumprindo sua função social.

Nesse sentido, é papel do sistema falimentar criar condições que permitam a recuperação efetiva da empresa viável ou, de outro vértice, que estabeleçam as bases para a liquidação eficiente da empresa falida, maximizando o valor dos ativos e possibilitando que os credores recuperem, ao menos, parte de seus créditos. A lei falimentar deve, então, criar um ambiente de negociação e cooperação, estimulando credores e devedor no sentido da solução mais eficiente, seja ela a tentativa de recuperação ou, se isto não for possível, a falência da empresa. Pois como bem leciona o Prof. Fabio Ulhoa Coelho:

A recuperação da empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo. Pelo contrário, as más empresas devem falir para que as boas não se prejudiquem. Quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência de empresas insolventes inviáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresarial transfere-se do empresário para os seus credores⁸⁹.

Ou ainda, conforme o entendimento de Rachel Sztajn:

⁸⁸ PENALVA SANTOS, Paulo. op. cit., p. 138-139.

⁸⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários** ... op. cit., p. 116.

Se a crise for transitória, de liquidez ou de pequeno desequilíbrio patrimonial, evita-se destruir a atividade. Se, de outro lado, a crise for grave, sendo inviável a recomposição da organização, melhor tratar de desfazer-la o mais rapidamente possível, evitando a propagação dos danos e enviando claros sinais de que não serão feitas concessões a empresários ou empresas cuja continuidade não se justifique no plano econômico⁹⁰.

Sentido esse clima de mudança e enfrentando a necessidade de uma reforma no sistema falimentar pátrio, que visasse criar condições eficientes e céleres para que as empresas em dificuldade, mas viáveis, pudessem se reerguer, é que o Poder Legislativo, através de iniciativa do Poder Executivo, já em 1993 decidiu criar novos mecanismos para salvaguardar as empresas, em substituição de uma lei que, definitivamente, apresentava-se despreparada para fazer com que o empresário insolvente se recuperasse e colocasse a empresa de volta à ativa⁹¹, e, que ao mesmo tempo, mostrava-se como um verdadeiro nascedouro de fraudes, falcatruas e ardis de empresários, credores e demais atores da cena falimentar.

⁹⁰ SZTAJN, Rachel. In: **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Lei 11.101/2005**. Coordenadores Francisco Satiro de Souza Junior, Antonio Sergio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.219.

⁹¹ A concordata revelou-se como ineficiente para apresentar-se como solução viável para possibilitar ao empresário a recuperação de sua atividade econômica pela via judicial, pois a Lei não lhe dava nenhuma solução quanto aos débitos com garantias reais e trabalhistas, que são geralmente os grandes causadores da derrocada das empresas. Além do mais, as únicas alternativas que a lei disponibilizava para recuperação das empresas em dificuldades era o desconto e a dilação nos prazos de vencimento, limitando a criatividade do devedor e seus credores no sentido de encontrarem soluções alternativas para salvar o empreendimento. Se o devedor resolvesse vender um estabelecimento para recuperar-se, mas não saldasse suas dívidas trabalhistas e tributárias, o adquirente do referido estabelecimento, por mais que estivesse de boa-fé, responderia pelos débitos trabalhistas e tributários do alienante. A concordata, portanto, malgrado constituir-se no instrumento jurídico indispensável à recuperação econômico-financeiro dos empresários, com o correr do tempo foi-se mostrando inadequada, entre outras coisas, por não assegurar ao devedor os recursos financeiros fundamentais para a manutenção dos estoques e continuação da atividade empresarial. De outro lado, sem garantia efetiva de receber seus créditos, as instituições financeiras recusavam-se, sistematicamente, a financiar a atividade negocial dos concordatários, tornando impraticável o fiel cumprimento das obrigações destes, o que, na prática, culminava na convolação da concordata em falência, com prejuízos insanáveis para o devedor, fornecedores e empregados.

O correr das décadas escancarou a necessidade de preservação da instituição empresarial. Notou-se que a empresa exercia - como exerce - papel fundamental na sociedade moderna: geração de empregos, criação de divisas, movimentação da economia, exportação de produtos, entre outros itens de suma importância. Reclamava-se, destarte, uma nova lei que fosse capaz de regulamentar a recuperação empresarial e dar ao empresário meios de salvar a sociedade em estado de insolvência.

A Lei de Falências e Concordatas tornou-se obsoleta e se seus princípios, no tocante aos efeitos do inadimplemento das obrigações, conservam relativa atualidade, o contexto de seus comandos passou a regular de forma deficiente e, às vezes, injusta, senão improdutiva, situações que demandavam um direito concursal mais ágil, protetivo da empresa, realista e eficaz⁹².

Foi este o cenário em que surgiu a nova lei de recuperação empresarial, a Lei nº 11.101/2005, que tem como fundamento a manutenção das atividades das empresas que enfrentam uma crise econômico-financeira, sintonizando a ordem jurídica nacional com os anseios despertados pela sociedade como um todo, uma vez que, o novo instituto possibilita a reorganização e manutenção da empresa em crise, em benefício não somente dos empresários, como também dos empregados, credores e de toda a sociedade. Ao comentar a nova legislação, Manoel Justino Bezerra anota que:

Em resumo, poder-se-ia definir como centralizada na preocupação de possibilitar a recuperação da sociedade empresária, de tal forma que, havendo sinais de que determinada empresa não estaria caminhando da melhor forma, propiciasse a Lei um modo de intervenção que, logo aos primeiros sinais de crise, aplicasse remédios que pudessem evitar o agravamento da situação⁹³.

⁹² FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 107.

⁹³ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. op. cit., p. 43

Nesse sentido, o legislador obrou em acerto ao privilegiar a recuperação da empresa em detrimento do seu desaparecimento. Antigamente, por exemplo, um credor que possuísse uma duplicata de qualquer valor que não fosse paga no vencimento poderia requerer a falência do comerciante. Esta previsão fazia, na prática, com que o credor fosse a juízo pedir a falência da empresa, tão somente, para receber seu crédito. Atualmente, a falência pode ser requerida apenas por quem tenha título de crédito de, no mínimo, 40 salários mínimos. É um importante e evidente avanço.

5.1 INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

O direito falimentar caminha para se tornar uma disciplina jurídica possuidora de conhecimento da importância da empresa para a sociedade e indicadora de mecanismos jurídicos suficientes para a sua manutenção. Surge fundado no princípio da conservação d empresa economicamente viável, devido ao fato de que a perspectiva processualística-liquidat6ria-solut6ria da falência atual n6o mais condizer com a realidade social, econ6mica e jur6dica⁹⁴.

Como j6a assinalado acima, a Lei 11.101/2005, trouxe em sua reda76o, dispositivos voltados, eminentemente, 6a tentativa de reestrutura76o da empresa em crise e, conseqüentemente, a manuten76o de suas atividades, desde que se verifique a sua viabilidade.

Nesse cen6rio,

Conquanto protetiva dos anseios dos credores e dos direitos do devedor, a LRE fez uma op76o priorit6ria pela conserva76o da empresa como unidade produtiva, que congrega uma heter6noma gama de interesses: os dos credores que buscam a realiza76o de seus

⁹⁴ GEORGINA, Maria Thom6; CURY, Paulo Jos6 Sim6o; “**Tend6ncias do Direito Falimentar**”. In: Revista de Direito Privado. S6o Paulo:Revista dos Tribunais, n6 12, out/dez 2002, p. 159.

haveres; os dos prestadores que intentam o retorno de seus investimentos; os dos sócios interessados na conservação de suas quotas ou ações; os dos fornecedores que têm por escopo receber seus créditos, mas que não querem perder o cliente; e os da comunidade, síntese de todos os outros interesses⁹⁵.

Portanto, percebe-se que a recuperação de empresas tem por escopo fundamental o princípio da preservação da empresa e não apenas proceder à liquidação desta, pois é levada em conta a importância social e econômica da mesma para determinada região, especialmente, quanto à mão de obra e tecnologia empregada, mercado consumidor.

A solução prevista na legislação anterior privilegiava a falência, pois que a concordata preventiva se limitava aos créditos quirografários. Ora, tal solução não era a melhor do ponto de vista sócio-econômico. A destruição de riqueza e bem-estar criados com o exercício da empresa, somado ao fato de que estas, sociedades ou não, têm função e responsabilidade social, levou ao abandono, pelas legislações européias, da idéia de que era melhor retirar do mercado aqueles comerciantes falidos, os menos eficientes na preservação da atividade, ou mais propensos a assumir riscos, de forma a sanear mercados. Se for possível preservar o exercício de atividades econômicas, balizadas por ações mais cautelosas, inequívoco que a adoção de mediadas para preservar as empresas em crise, desde que viáveis, é a solução mais adequada⁹⁶.

Em relação às mudanças instituídas nesse campo, o Senador Ramez Tabet apresentou justificativa, esclarecendo que:

Em lugar da atual concordata – um regime ao qual poucas empresas conseguem sobreviver e que tem como desfecho mais freqüente a decretação da falência – criam-se as opções da recuperação extrajudicial e da recuperação judicial. No primeiro caso, propomos um modelo em que não seja compulsória a participação de todos os credores e em que apenas os mais relevantes sejam chamados a renegociar seus créditos, de forma a permitir a reestruturação da empresa sem comprometimento das características, prazos e valores dos créditos pertencentes aos demais credores. Na recuperação judicial, um processo mais formal e realizado sob controle da Justiça, os credores devem formar maioria em torno de um plano de recuperação. Se o plano não for aprovado ou não atingir suas metas de recuperação, aí sim caberá ao juiz decretar a falência⁹⁷.

⁹⁵ FAZZIO JUNIOR, Waldo. op. cit., p. 106.

⁹⁶ SZTAJN, Rachel. In: SOUZA JR. e PITOMBO, op. cit., p. 218.

⁹⁷ TEBET, Ramez. op. cit.

5.1.1 Viabilidade de conservação da empresa em crise

Atualmente, atendendo aos princípios de conteúdo econômico, viabilidade e a função social da empresa, a concepção que devemos ter do direito concursal é o de recuperar e reorganizar a empresa em estado de insolvência, permitindo sua reintegração no mercado, quando isto se tornar viável, ou liquidando-a, para que possa ceder lugar a outras empresas em melhores condições⁹⁸.

Preliminarmente, mostra-se fundamental, para melhor entendimento do tema que será apresentado adiante, fazer uma sucinta abordagem a cerca da expressão “crise”, presente no enunciado do artigo 47 da Lei 11.101/2005.⁹⁹

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, a palavra "crise" pode ter diferentes acepções, necessitando, para uma melhor compreensão, de uma sistematização em três acepções: crise financeira, crise econômica e crise patrimonial.

Por crise econômica devemos entender "a retração considerável nos negócios desenvolvidos pela sociedade empresária"¹⁰⁰. Tal ocorre quando o mercado não consegue absorver os produtos e serviços na mesma quantidade em que são oferecidos, levando a uma queda de faturamento nos negócios realizados pela sociedade empresária.

A crise financeira "revela-se quando a sociedade empresária não tem caixa para honrar seus compromissos. É a crise de liquidez"¹⁰¹. Ou ainda, conforme a doutrina de Rachel Sztajn “a crise financeira, em geral, relaciona-se a questões de caixa, isto é, tem que ver com solvência, com falta de disponibilidade de moeda (ou

⁹⁸ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. op. cit., p. 130.

⁹⁹ Artigo 47 da Lei 11.101/2005: “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”.

¹⁰⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso** ... op. cit., p. 231.

¹⁰¹ Idem.

crédito) que impeça o pagamento de obrigações vencidas ou vincendas em prazo curto¹⁰²". Neste caso, mesmo que os produtos sejam absorvidos pelo mercado e as vendas estejam aumentando, poderá a empresa ver-se impossibilitada de quitar suas obrigações.

Por fim, a crise patrimonial é a "insolvência, isto é, a insuficiência de bens no ativo para atender à satisfação do passivo"¹⁰³. Nesta situação a empresa apresenta grande risco para os seus credores, momento em que geralmente é instituído o concurso universal de credores.

As distinções apresentadas são de grande importância para se identificar quais empresas têm capacidade de recuperação e quais devem se submeter ao processo falimentar, encerrando suas atividades. Ainda, segundo Fabio Ulhoa, "a recuperação de empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo, sob pena de se transferir o risco da atividade empresarial do empresário para o credor"¹⁰⁴.

Feita esta breve elucidação dos significados que a expressão "crise" pode ter no âmbito das regras falimentares, trago a baila o entendimento defendido pelo doutrinador Penalva, no sentido de que:

Um sistema concursal que pretende pôr em prática o princípio de conservação da empresa não pode consistir em um mecanismo indiscriminado de conservação de qualquer empresa. O direito moderno não pode desprezar a questão fundamental de se saber em que casos as empresas devem desaparecer, e quando devem ser conservadas¹⁰⁵.

No mesmo caminho, trilha a doutrina do Professor Fabio Ulhoa:

¹⁰² SZTAJN, Rachel. In: SOUZA JR. e PITOMBO, op. cit., p. 219.

¹⁰³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso** ... op. cit., p.231.

¹⁰⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Ibidem*, p. 231

¹⁰⁵ PENALVA SANTOS, Paulo. op. cit., p. 140.

Somente as empresas viáveis devem ser objeto de recuperação judicial ou extrajudicial. Para que se justifique o sacrifício da sociedade brasileira presente, em maior ou menor extensão, em qualquer recuperação de empresa não derivada de solução de mercado, o devedor que a postula deve mostrar-se digno do benefício. Deve mostrar, em outras palavras, que tem condições de devolver à sociedade brasileira, se e quando recuperada, pelo menos em parte o sacrifício feito para salva-la¹⁰⁶.

Está-se, pois, diante da tão argüida e discutida viabilidade da empresa em crise. A doutrina tem levantado árduas discussões acerca da fixação de critérios para a determinação da viabilidade ou não da empresa se recuperar, ou seja, se a empresa que está em estado de crise é, efetivamente, uma empresa recuperável, pois, caso contrário, se a empresa não estiver em condições de soerguimento é melhor que as atividades sejam encerradas.

Atualmente, é pacífico o entendimento de que o direito não pode resolver tal problemática da viabilidade de recuperação da empresa, mediante o estabelecimento de critérios rígidos de seleção, no entanto, “requer-se ao menos a elaboração de um padrão de empresa recuperável, que contenha as condições mínimas compatíveis com o interesse social que se pretende conservar”¹⁰⁷.

Para tanto, para se chegar a uma noção referencial de empresa recuperável, deve-se proceder a uma ampla e minuciosa análise globalizada de todo o contexto em que está inserida a empresa em crise, analisando-se a função social que desempenha na região em que está instalada, o seu número de empregados, o tempo há que iniciou suas atividades, o impacto social e econômico que o encerramento de suas atividades irá desencadear e, evidentemente, suas efetivas condições econômico-financeiras de permanecer ativa com suas atividades.

¹⁰⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso** ... op. cit., p.232

¹⁰⁷ PENALVA SANTOS, Paulo. op. cit., p. 140.

E não é só isso, é fundamental que no momento de se decidir se empresa é ou não recuperável, perceba-se se com a adoção de um plano de reorganização os custos com a conservação da empresa serão inferiores aos custos com a liquidação. Não há dúvida de que a aplicação generalizada do princípio da conservação da empresa, ao invés de diminuir, pode significar um aumento dos custos sociais. Assim, a conservação da empresa em situação de crise só pode ser uma solução correta se os custos com a sua conservação forem menores do que os de sua liquidação.

Destarte, qualquer plano de recuperação econômico deve ter como prioridade identificar as condições econômicas e financeiras para se tornar viável, e, ainda, verificar, de forma objetiva, se elas podem ser alcançadas.

Nesse sentido, são as palavras do Professor Penalva:

Na realidade, o direito concursal deve ser um marco legal que permita, com os menores custos sociais possíveis, a reestruturação ou o desaparecimento de empresas ineficientes, com o deslocamento dos fatores de produção para campos de maior rentabilidade. Para cada uma dessas hipóteses a lei deve estabelecer a eliminação ou a conservação da empresa¹⁰⁸.

Portanto, a aplicação do princípio da recuperação não é a única forma para atualizar e melhorar o direito concursal. Ao contrário, em algumas hipóteses, podem ser obtidos melhores resultados através de um processo de liquidação eficiente.

Segundo o doutrinador Fabio Ulhoa Coelho:

Não se pode erigir a recuperação das empresas um valor absoluto. Não é qualquer empresa que deve ser salva a qualquer custo. Em muitos casos – eu diria, na maioria expressiva deles – se a crise não encontrou uma solução de mercado, o melhor para todos é a falência, com a realocação em outras atividades econômicas produtivas dos recursos materiais e humanos anteriormente empregados na falida¹⁰⁹.

¹⁰⁸ PENALVA SANTOS, Paulo. op. cit., p. 139.

¹⁰⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários** ... op. cit., p. 127.

Nesse aspecto, o Legislador Português, na Exposição de Motivos do Dec. Lei n. 132/93 bem frisou que:

Os programas de recuperação econômica da empresa não são planos de caridade evangélica aplicados aos que dela dependem, porque não é nessa vertente da vida social que a caridade encontra o seu lugar próprio. Só a real viabilidade econômica da empresa em dificuldade pode legitimar, sobretudo numa economia de mercado como a que hoje vigora no espaço comunitário europeu, o cerceamento da reação legal daqueles cujos direitos foram violados.

5.1.2 Modalidades de Recuperação de Empresas

A Nova Lei de Recuperação de Empresas, disciplina as formas de recuperação e a falência, com nítida preferência pelos institutos da recuperação de empresa, uma vez que, da leitura de seus dispositivos conclui-se que a falência só deverá ser adotada como última medida, quando se verificar a impossibilidade de manutenção da empresa através dos institutos de recuperação.

Com relação às recuperações, a Lei 11.101/2005 contempla duas medidas com o objetivo de evitar que a crise na empresa acarrete a falência de quem a explora, além dos acordos que credores e devedores poderão firmar conforme o disposto no artigo 167 da referida lei.

De um lado, tem-se a recuperação judicial; de outro, a recuperação extrajudicial, que poderá ser objeto de homologação judicial. “Os objetivos delas são iguais: saneamento da crise econômico-financeira e patrimonial, preservação da atividade econômica e dos seus postos de trabalho, bem como o atendimento aos interesses dos credores”¹¹⁰. Segundo leciona Waldo Fazzio Junior:

¹¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso** ... op. cit., p.381.

“Em ambas, é decisiva a intervenção da coletividade de credores, não apenas concordando ou discordando, mas também revendo propostas e sugerindo alternativas. Estabelece-se com isso um processo dialético, sempre iniciado pelo devedor, mas que, em face de planos alternativos propostos pelos credores, se vê na continência de acolher ou não tais propostas. Essa reciprocidade de propostas e respostas, autêntico contraditório, pode levar à anelada composição para a recuperação, a tentativas judiciais de conciliação ou, em último caso, à decretação da falência”¹¹¹.

Feita esta breve introdução, passar-se-á à análise dos novos institutos da Recuperação Judicial, reservando uma parcela de atenção ao estudo da Recuperação Especial para as Empresas de Pequeno Porte e Microempresas, posteriormente, estudar-se-á a Recuperação Extrajudicial.

5.2 RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A nova legislação falimentar, inserida em nosso sistema jurídico pela Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005, atenta aos novos paradigmas estabelecidos em nossa sociedade e consubstanciada em princípios constitucionais, introduziu no ordenamento jurídico inovações que devem ser observadas à luz dos reais objetivos da novel legislação, ou seja, permitir a valorização da função social da empresa e sua reintegração no mercado.

Dentre tais inovações, é que se inseriu com grande acerto e perspicácia, a recuperação judicial de empresas, a qual corresponde a um novo instituto jurídico, moderno, moldado para atender às peculiaridades da crise enfrentada pela empresa, devendo considerar a conjuntura vivida pelo setor econômico em que se insere o devedor, conjugando fatores econômicos e esforço criativo para viabilizar a continuidade da empresa, visando reorganizá-la, ao invés de extingui-la, para a

¹¹¹ FAZZIO JUNIOR, Waldo. op. cit., p. 112.

manutenção do empregado, da preservação da produção e da circulação da riqueza, arrecadação de impostos, visando, dessa forma, o desenvolvimento e o bem estar social. Segundo Jorge Lobo:

Para alcançar esse múltiplo escopo e para atender aos interesses das partes envolvidas e harmonizar os direitos de cada um equanimemente, ao invés do confronto entre o devedor e seus credores, impõe-se a cooperação, ao invés do litígio, a conciliação, ao invés da apologia dos direitos pessoais, a luta para a realização dos fins comuns; ao invés da defesa egoística e intransigente dos interesses individuais, a busca de soluções solidárias e eqüitativas, que causem o menor sacrifício a todos, dentro da perspectiva de que se deve priorizar a composição dos interesses conflitantes, raramente convergentes se não houver, de parte a parte, a compreensão e a sensibilidade do que é absolutamente indispensável: salvar a empresa em crise, que demonstre ser econômica e financeiramente viável, com a finalidade precípua de mantê-la empregadora de mão-de-obra, produtora e distribuidora de bens e serviços, criadora de riquezas e prosperidade, geradora de impostos e, por igual, ao mesmo tempo, respeitar os direitos e deveres dos credores¹¹².

Geograficamente, a recuperação judicial está inserida no Capítulo III da Lei 11.101/2005, mais propriamente, no seu artigo 47, o qual apresenta, resumidamente um conceito legal do que representa o instituto:

Artigo 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.

Trata-se, portanto, de um mecanismo que veio ao encontro das necessidades enfrentadas pela sociedade e que, de maneira geral, busca viabilizar a continuação do negócio ou a preservação da empresa, fazendo com que esta desempenhe sua função social, corrigindo uma falha existente na antiga lei falimentar que, basicamente, primava em punir, além do empresário, a própria empresa que tinha as suas atividades encerradas.

¹¹² LOBO, Jorge. In: **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Coordenadores Paulo Sales de Toledo, Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 109.

Ainda, nesse aspecto, conveniente trazer a baila o conceito de recuperação judicial traçado pelo doutrinador Jorge Lobo:

É o instituto jurídico, fundado na ética e na solidariedade, que visa sanear o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária, com a finalidade de preservar os negócios e estimular a atividade empresarial, garantir a continuidade do emprego e fomentar o trabalho humano, assegurar a satisfação, ainda que parcial e em diferentes condições, dos direitos e interesses dos credores e impulsionar a economia creditícia¹¹³.

É, pois, “uma tentativa de solução construtiva para a crise econômico-financeira do agente econômico”¹¹⁴, reservada aos devedores que apresentem condições de superar as dificuldades momentâneas que enfrentam.

Bem diferente da antiga concordata, ela poderá alcançar quase a totalidade dos créditos do devedor, não apenas os quirografários como era previsto para a concordata. Excluem-se da regra geral, consoante disposição dos artigos 5º, 6º, 49 e 86 II da nova Lei, os créditos oriundos de obrigações a título gratuito; as despesas para tomar parte da recuperação, salvo as custas judiciais decorrentes de litígio com o devedor; as execuções de natureza fiscal, os créditos que forem frutos de contrato de arrendamento mercantil, de alienação fiduciária de bens móveis e imóveis, de compra e venda ou promessa de compra e venda de imóveis, com cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, de venda com reserva de domínio; aqueles que forem posteriores à distribuição do pedido de recuperação; bem como a importância entregue ao devedor decorrente de contrato de cambio para exportação.

Sobre os fundamentos da exclusão de tais credores, assim pronunciou-se Fabio Ulhoa, em seus comentários à nova legislação falimentar:

¹¹³ LOBO, Jorge. **Comentários** ... op. cit., p. 104/105.

¹¹⁴ FAZZIO JUNIOR, Waldo. op. cit., p. 125.

Os fundamentos para a exclusão de cada categoria de credor dos efeitos da recuperação judicial variam.

Os credores posteriores à distribuição do pedido estão excluídos porque, se assim não fosse, o devedor não conseguiria mais acesso nenhum a crédito comercial ou bancário, inviabilizando-se o objetivo da recuperação.

Os titulares de determinadas garantias reais ou posições financeiras e os bancos que anteciparam recursos aos exportadores em função de contrato de câmbio excluem-se dos efeitos da recuperação judicial para que possam praticar juros menores (com *spreads* não impactados pelo risco associado à recuperação judicial), contribuindo a lei, desse modo, com a criação do ambiente propício à retomada do desenvolvimento econômico¹¹⁵.

Por outro lado, tal como a lei anterior, a atual Lei de Recuperação de Empresas, vinculou o indeferimento da recuperação judicial, pela não apresentação do plano de recuperação ou o seu descumprimento, à decretação da falência do devedor. Aparentemente, o argumento em prol da vinculação é lógico e inquestionável. O devedor não se arriscaria a pedir a recuperação judicial caso não estivesse realmente necessitado do benefício ou então, se não verificasse reais condições de seu reequilíbrio, tendo em vista o risco de decretação da falência.

Como premissa maior do instituto, pode ser destacada 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. Sobre a importância do plano de recuperação, segue o entendimento do Professor Fábio Ulhoa:

A mais importante peça do processo de recuperação judicial é, sem sobra de dúvidas, o plano de recuperação judicial. Depende exclusivamente dele a realização ou não dos objetivos associados ao instituto, quais sejam, a preservação da atividade econômica e o cumprimento de sua função social. Se o plano de recuperação é consistente, há chances de a empresa se reestruturar e superar a crise em que mergulhara¹¹⁶.

Nesse ponto, reside, mormente, a enorme importância que assumem os credores no âmbito dos remédios preventivos de recuperação das empresas, na

¹¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários** ... op. cit., p. 131.

¹¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso** ... op. cit., p. 419.

medida em que, têm a faculdade de participar ativamente das decisões que envolvem o destino da empresa em dificuldade, podendo, por exemplo, assentir ou não sobre as condições propostas no plano de pagamentos apresentado pelo devedor. Dessa forma, o credor passou 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.

Como legitimados para pleitear o pedido de recuperação judicial, a Lei 11.101/2005 reserva tal prerrogativa às sociedades empresárias e ao empresário individual, uma vez que, somente aqueles que estão expostos ao risco de ter a falência decretada é que podem pleitear o benefício da recuperação judicial. Por essa razão:

As sociedades em comum, de econômica mista, cooperativas ou simples não podem pleitear a recuperação judicial exatamente porque nunca podem ter a falência decretada. Nesse contexto, estão também excluídas do benefício, por razões ligadas à regulação econômica, as instituições financeiras, integrantes dos sistemas de distribuição de títulos e valores mobiliários no mercado de capitais, corretoras de câmbio (Lei 6024/74), seguradoras (DL 73/66) e as operadoras de planos privados de assistência à saúde (Lei 7565/86)¹¹⁷.

Também convém lembrar que estão fora as entidades de previdência complementar, a sociedade de capitalização e outras equiparadas. (artigo 2º, inciso II da Lei de Recuperação de Empresas).

Além de atestar a qualidade de possível pólo passivo da decretação de falência, para legitimar-se ao pedido de recuperação judicial, o devedor necessita, ainda, preencher, cumulativamente, os requisitos estampados no artigo 48 da Lei. São eles:

¹¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso** ... op. cit., p. 407.

- exercer regularmente sua atividade há mais de dois anos;
- não ser falido e, se o foi, estarem declaradas extintas, por sentença transitada e julgada, as responsabilidades daí decorrentes;
- não ter, há menos de cinco anos, obtido concessão de recuperação judicial; ou, há menos de oito anos, se se tratar de recuperação com base no plano especial para as microempresas e empresas de pequeno porte;
- não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos em Lei.

Afora o devedor, poderão também requerê-la o cônjuge sobrevivente, seu herdeiro, inventariante ou sócio remanescente.

5.2.1 Meios de recuperação – artigo 50 da Lei 11.101

As dificuldades que atingem uma empresa são de tão diferentes ordens e complexidades que se torna praticamente impossível um diploma legal exauri-las. Por tal razão, o legislador falimentar, após um minucioso estudo sobre as dificuldades que atingem e que poderiam atingir a empresa, apresentou um rol, meramente exemplificativo, dos meios que o devedor poderá se utilizar na tentativa de sua reorganização e reestruturação. São eles:

- I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;
- II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;
- III – alteração do controle societário;
- IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos;
- V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar;

- VI – aumento de capital social;
- VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados;
- VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva;
- IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro;
- X – constituição de sociedade de credores;
- XI – venda parcial dos bens;
- XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica;
- XIII – usufruto da empresa;
- XIV – administração compartilhada;
- XV – emissão de valores mobiliários;
- XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

Referidos meios, previstos no artigo 50 da nova Lei, poderão ser utilizados pelo devedor, de forma isolada ou conjunta, conforme a necessidade e a extensão da crise enfrentada pela empresa. Consoante o entendimento de Waldo Fazzio Junior, “desde logo, é bom consignar que as modalidades de recuperação alvitradas não são excludentes umas das outras. A relação entre elas é de interação, na medida em que podem ser combinadas duas ou mais modalidades, conforme o caso e desde que compatíveis”¹¹⁸.

No mesmo sentido, posiciona-se o doutrinador Fabio Ulhoa Coelho:

Como se trata de lista exemplificativa, outros meios de recuperação da empresa em crise podem ser examinados e considerados no plano de recuperação. Normalmente, aliás, os planos deverão combinar dois ou mais meios, tendo em vista a complexidade que cerca as recuperações empresariais¹¹⁹.

Assim, além dos meios apresentados pelo legislador, o devedor poderá apresentar outras propostas com características e formas diferenciadas que melhor atendam suas necessidades, já que o legislador lhe deu liberdade para expor a

¹¹⁸ FAZZIO JUNIOR, Waldo. op. cit., p. 142.

¹¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários** ... op. cit., p. 133.

forma com que pretende sair da crise. Exige, no entanto, que o plano de recuperação projetado esteja convenientemente adequado às condições econômicas e sociais da empresa e que permita a continuidade das atividades empresariais. Para tanto, o plano deverá demonstrar a importância do objeto social no meio em que se encontra e a capacidade do empresário em honrar seus compromissos, demonstrando possibilidades de reerguer a empresa que atravessa uma crise de liquidez temporária, sem deixar, no entanto, de atentar ao disposto na legislação.

Percebe-se, pois, claramente a intenção do legislador pátrio no sentido de flexibilizar os meios de recuperação, com o fito de possibilitar ao devedor a retomada de suas atividades com sua efetiva recuperação e preservação.

5.2.2 O polêmico artigo 60 da Lei 11.101/2005

Dispõe referido artigo, além da forma como deverá ser realizada a alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor (mediante hasta pública), que o objeto de alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, desde que o arrematante não seja: I - sócio da sociedade falida, ou sociedade controlada pelo falido; II- parente, em linha reta ou colateral até o 4º grau, consangüíneo ou afim, do falido ou de sócio da sociedade falida; III – identificado como agente do falido com o objetivo de fraudar a sucessão.

Procurou o legislador, ao introduzir tal regra no sistema falimentar, “ampliar as chances de interessados adquirirem o negócio do falido ou da sociedade falida e,

conseqüentemente, aos de mais credores virem a ter seus créditos satisfeitos com os recursos advindos da aquisição”¹²⁰.

Trilhou no mesmo caminho o Senador Ramez Tebet, que defende:

Definiu-se que não haverá sucessão tributária para o adquirente, como forma de melhor garantir os direitos dos trabalhadores e do fisco e permitir maior eficiência econômica nesses processos. A razão é que a alienação da empresa em bloco, ou por unidades produtivas nos casos menos favoráveis, mantém a organicidade dessas estruturas e, por isso, preserva o patrimônio intangível.

(...)

O mesmo raciocínio é aplicável com maior razão à sucessão do arrematante nas obrigações trabalhistas do falido, pois são os trabalhadores os primeiros credores na ordem de recebimento do produto da realização dos ativos do falido. Viabilizando-se a venda e maximizando-se o valor obtido pela empresa pela exclusão da sucessão trabalhista, ganham os trabalhadores, que terão maiores chances de obter o pagamento integral de seus créditos.

Mais ainda, a alienação da empresa como unidade produtiva não beneficia os trabalhadores somente em relação ao recebimento de seu crédito, mas também – e talvez principalmente – no que tange à preservação de seus empregos¹²¹.

Tida como uma das principais inovações introduzidas pela nova Lei de Falências, a medida está sendo questionada e bastante ventilada pela mídia no caso da recuperação judicial da Varig.

A Varig pediu recuperação judicial no dia 17 de junho de 2005, e já no dia 22 do mesmo mês, teve seu pedido de processamento deferido, pelo Juiz Alexander dos Santos Macedo, da 8ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, de modo que todas as ações e execuções contra a empresa foram suspensas. O Juiz fundamentou, basicamente, a sua decisão, alegando que:

No caso vertente, entretanto, a complexidade das atividades negociais das três empresas requerentes e a necessidade de providências inadiáveis por seus administradores, supervisionados na forma da lei, recomendam o imediato prosseguimento da recuperação¹²².

¹²⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários** ... op. cit., p. 364.

¹²¹ TEBET, Ramez. op. cit.

¹²² Processo nº 2005.001.072.887-7 – Ação de Recuperação Judicial da Varig.

Próximo da extrapolação do prazo improrrogável de 60 dias, previsto para a apresentação do plano de recuperação, o presidente da Varig, Omar Carneiro da Cunha, entregou o plano de recuperação da empresa ao desembargador Sergio Cavalieri Filho, presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Inconformados com o conteúdo do plano, os trabalhadores do Grupo Varig, entidade que reúne as associações de funcionários da companhia aérea, entregaram no dia 11 de outubro de 2005, à Justiça do Rio de Janeiro um plano alternativo para a recuperação da empresa. Entre as principais objeções estavam a demissão de 13% dos 12.800 funcionários e a mudança da sede da empresa para São Paulo.

Completados seis meses da data de deferimento do processamento da recuperação judicial da Varig, o juiz Luiz Roberto Ayoub, da 8ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, homologou em 28 de dezembro de 2005, o plano de recuperação judicial apresentado pela Varig. A decisão levou em consideração o interesse público em recuperar uma empresa mundialmente conhecida e com milhares de empregados, e, ainda, o crédito de R\$ 4 bilhões da Varig junto à União, em razão do congelamento tarifário, bem como a possibilidade do parcelamento da dívida de tributos com o município do Rio de Janeiro.

Já em 04 de abril de 2006, o Superior Tribunal de Justiça, julgando um Conflito de Competência, suscitado pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, em virtude da decisão tomada pelo Juízo da 5ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, que arrestou bens da companhia para os funcionários, decidiu centralizar todos os processos envolvendo a Varig, na 8ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro. O Relator da decisão fundamentou-a anotando que:

A jurisprudência formada à luz do Decreto-Lei nº 7.661, de 1945, concentrou no juízo da falência as ações propostas contra a massa falida. A recuperação judicial está norteada por outros princípios, mas parece razoável que ela ficaria comprometida se os bens da empresa pudessem ser arrestados pela Justiça do Trabalho¹²³.

Começava aí a grande polêmica, haja vista que o artigo 114 da Constituição Federal é claro ao dispor que compete à Justiça Trabalhista processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, as ações indenização por dano moral ou patrimonial, bem como, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho.

Não bastasse a decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça, que concentrou as ações envolvendo a Varig na 8ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, em 05 de junho de 2006, o juiz Luiz Roberto Ayoub, daquela Vara, como já esperado, decidiu que o arrematante da Varig não herdaria as obrigações trabalhistas da empresa, com fundamento no artigo 60, parágrafo único, da Lei de Recuperação de Empresas. O Juiz sentenciante afirmou que não há que se falar em sucessão pelo comprador, pois:

Se isto acontecesse, acarretaria uma desvalorização dos ativos postos à alienação, criando um quadro desfavorável à aquisição por parte de investidores. Ao contrário, a criação de uma nova cultura em que o adquirente recebe o ativo desvinculado de qualquer passivo, portanto, eliminando a sucessão, traz conseqüências benéficas ao projeto de recuperação judicial, na medida em que valorizado o conjunto de bens e direitos, a disputa aumenta e, igualmente, cada valor.¹²⁴

Não obstante a decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça, o Ministério Público do Trabalho do Rio de Janeiro, propôs uma ação civil pública, perante a Justiça do Trabalho, com o objetivo de transferir a responsabilidade das 5.500 rescisões de contrato de trabalho da Varig à VarigLog (empresa que comprou

¹²³ CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 61.272 – RJ (2006/0077383-7).

¹²⁴ Recuperação sem ônus - **Não haverá sucessão trabalhista no leilão da Varig**
<http://conjur.estadao.com.br/static/text/45074,1> Acesso em 02/09/2006.

a antiga Varig) e à Aéreo Transportes Aéreos (criada pela VarigLog para deter a marca, as rotas e as reservas e vendas de passagem da Varig), tendo em vista a possibilidade da empresa em dificuldades financeiras não ter recursos para arcar com as despesas decorrentes dos desligamentos.

O pedido foi distribuído à 33ª Vara do Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro e teve como decisão, prolatada pelo juiz Múcio Nascimento Borges, o reconhecimento da sucessão trabalhista na venda da parte operacional da Varig para a VarigLog. O juiz do Trabalho, entendeu por bem, ainda, bloquear R\$ 244.450.000,00 (duzentos e quarenta e quatro milhões e quatrocentos e cinquenta mil reais) das contas da empresa e de seus administradores.

Em 30 de agosto de 2006, o ministro do Superior Tribunal de Justiça Ari Pargendler, suspendeu em liminar, a decisão da Justiça do Trabalho do Rio de Janeiro, que bloqueava contas da VarigLog e obrigava-a arcar com todo o passivo trabalhista da Varig antiga, parte da empresa que não foi vendida e que ficou com uma dívida de R\$ 7 bilhões. Para o Ministro, a suspensão da decisão da Justiça do Trabalho do Rio de Janeiro ocorreu porque cabe à 8ª Vara Empresarial do do Rio de Janeiro, que é responsável pela recuperação judicial da empresa, a competência para decidir sobre todas as questões referentes à Varig.

Novas discussões nasceram em torno do caso Varig. Para os representantes do Ministério Público do Trabalho do Rio de Janeiro, a liminar do STJ não pode suspender a decisão sobre o reconhecimento da sucessão trabalhista, pois contra tal decisão só caberia recurso na própria Justiça do Trabalho, perante o Tribunal Superior do Trabalho; o que se poderia discutir, diante do Superior Tribunal de Justiça, é o conflito de competência, e não a sucessão trabalhista.

Diante desse quadro de incertezas e inseguranças, caberá à jurisprudência definir qual a melhor decisão a ser tomada, se, em perfeito alinhamento ao texto legal da nova lei falimentar, ou, conforme a análise de cada caso concreto.

Ao comentar a nova regra de vedação a sucessão pelo arrematante, a doutrinadora Rachel Sztajn, explica que:

O objetivo da nova regra é reduzir o montante de perdas imposto aos credores como um todo.

(...)

Evidente que, se já havia desequilíbrio patrimonial negativo, ainda que inexistissem passivos ocultos, fato raríssimo, a possibilidade de sucessão nas obrigações, notadamente nas anteriores, implicava a subavaliação dos bens com o que adquirente conseguia reservar, como medida cautelar, certo montante de fundos destinado a cobrir eventuais obrigações.

Vê-se na nova norma a tentativa de tornar o procedimento mais eficiente no que diz respeito ao pagamento de credores, uma vez que se facilita a aquisição dos bens da massa sem o risco de sucessão, o que deve produzir aumento do montante arrecadado, que beneficiará todos os credores¹²⁵.

5.3 RECUPERAÇÃO PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

A introdução desse regime jurídico pela nova Lei inspira-se em modelos já de há muito adotados em outros países. Com efeito, praticamente todas as legislações estrangeiras modernas oferecem regramentos específicos destinados à recuperação de empresas de porte reduzido, comumente caracterizados pelo abrandamento das condições impostas e simplificação do procedimento a ser observado¹²⁶.

No intento de facilitar a recuperação das microempresas, bem como as empresas de pequeno porte que se encontrem em crise, a nova lei falimentar destinou uma Seção específica (Seção V) dentro do Capítulo referente à

¹²⁵ SZTAJN, Rachel. In: ABRÃO e TOLEDO. op. cit., p. 388.

¹²⁶ ZANINI, Carlos Kein. In: **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Lei 11.101/2005**. Coordenadores Francisco Satiro de Souza Junior, Antonio Sergio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 315.

recuperação judicial para tratar sobre o "plano de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte".

A Lei procurou estabelecer um processo diferenciado para as empresas de porte modesto, facultando-lhes apresentar um plano de recuperação especial. Entretanto, o procedimento a ser seguido por estas é semelhante àquele trilhado pelos demais empresários, apenas respeitadas algumas especificidades, como a desnecessidade de passar pelo crivo da assembléia geral de credores. "É certo que poderia o empresário se valer da regra do plano geral, porém, além das dificuldades de conseguir convencer a todos na decisão a ser tomada, precisará de quorum favorável na assembléia de credores, a qual fica dispensada se o plano for especial"¹²⁷.

Negar a importância que as micro e pequenas empresa possuem no âmbito econômico nacional é sinônimo de ingenuidade, uma vez que é inegável que elas representam grande parte dos empreendimentos nacionais, razão pela qual, tornou-se imperioso o reconhecimento de um mecanismo especial para a recuperação dessas empresas de menor vulto, estabelecendo a possibilidade delas também requererem a recuperação judicial diante da ameaça de crise econômico-financeira. Conforme advertiu o Senador Ramez Tebet no Relatório apresentado na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal:

As micro e pequenas empresas representam a esmagadora maioria dos empreendimentos no Brasil e excluí-las da nova recuperação judicial seria condenar o regime à aplicação meramente excepcional. Admite-se, todavia, que o processo de recuperação judicial pode tornar-se excessivamente oneroso para algumas empresas, principalmente no que tange aos custos para a convocação e realização de uma assembléia geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação. Entendemos indispensável a previsão de um plano simplificado e preestabelecido na lei para a recuperação judicial de micro e pequenas

¹²⁷ ABRÃO, Carlos Henrique. In: **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Coordenadores Paulo Sales de Toledo, Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 175.

empresas, que dispense a aprovação da assembléia geral de credores e, assim, reduza a onerosidade do processo¹²⁸.

Importante destacar, ainda, que esta previsão de tratamento especial para as micro e pequenas empresas encontra amparo nos princípios constitucionais que regem as atividades econômicas, mais especificamente, no artigo 170, inciso IX da Constituição Federal, o qual prevê tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País¹²⁹, além do enunciado previsto no artigo 179, também da Carta Maior, que contém as diretrizes que devem balizar o tratamento dispensado às referidas empresas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de modo a estabelecerem tratamento jurídico diferenciado, visando o incentivo de suas atividades, através da simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei e, na exigência constitucional do artigo 146, inciso III, "d", que prevê a definição de tratamento diferenciado e favorecido para as pequenas empresas, no âmbito do sistema tributário nacional.

Serão legitimados a usufruírem deste plano especial as micro e pequenas empresas como tal conceituadas pela Lei 9841/99 (Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), cujo artigo 2º, inciso I, estabelece como "microempresa, a pessoa jurídica e a firma individual mercantil que tiver receita bruta anual igual ou inferior a R\$ 433.755,14" e no inciso II, como "empresas de pequeno

¹²⁸ TEBET, Ramez. op. cit.,

¹²⁹ Artigo 170, IX da Constituição Federal: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os seguintes princípios: (...) IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País".

porte, a pessoa jurídica e a firma mercantil individual que, não enquadrada como microempresa, tiver receita bruta anual superior a R\$ 433.755,14 e igual ou inferior a R\$ 2.133.222,00" (valores atualizados de acordo com o Decreto 5029/2004). O enquadramento deve ser feito perante a Junta Comercial. Desse modo, quando o empresário quiser fazer jus aos benefícios da Lei 11.101/2005, deverá, já na formulação da petição inicial, de que trata o artigo 51 da mesma Lei, demonstrar o seu interesse por um plano especial e apresentar prova de sua condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, não cabendo ao juiz acatar o plano especial apresentado por aquele que não apresente documentação comprovando sua condição especial.

Há, pois, momento certo para requerer-se a aplicação do procedimento diferenciado, até mesmo porque a apresentação de um Plano Especial é apenas faculdade posta à disposição da microempresa e empresa de pequeno porte, às quais assiste, também, o direito de optar pelo procedimento de recuperação judicial ordinário previsto na lei¹³⁰.

Com relação ao plano especial de recuperação, o prazo de apresentação, em nada difere do regime convencional. De tal maneira que, conforme o artigo 53, deverá ser apresentado no prazo improrrogável de sessenta dias, contados da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação, "cabendo ao devedor demonstrar a viabilidade do negócio, encartar o laudo econômico-financeiro, de avaliação dos bens e ativos do devedor, a cargo de profissional habilitado ou de empresa responsável pela respectiva subscrição do documento"¹³¹.

Seus requisitos para apresentação estão previstos nos incisos do artigo 71 da Lei 11.101/005, quais sejam:

¹³⁰ ZANINI, Carlos Kein. op. cit., p. 316.

¹³¹ ABRÃO, Carlos Henrique. op. cit., p. 179.

I – abrangerá exclusivamente os créditos quirografários, excetuados os decorrentes de repasse de recursos oficiais e os previstos nos §§ 3o e 4o do art. 49 desta Lei;
II – preverá parcelamento em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de 12% a.a. (doze por cento ao ano);
III – preverá o pagamento da 1ª (primeira) parcela no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da distribuição do pedido de recuperação judicial;
IV – estabelecerá a necessidade de autorização do juiz, após ouvido o administrador judicial e o Comitê de Credores, para o devedor aumentar despesas ou contratar empregados.
Parágrafo único. O pedido de recuperação judicial com base em plano especial não acarreta a suspensão do curso da prescrição nem das ações e execuções por créditos não abrangidos pelo plano.

Uma vez homologada a proposta de recuperação judicial, as micro e pequenas empresas não poderão aumentar seus gastos, despesas ou contratar novos empregados, exceto se houver expressa concordância do juiz, ouvidos os credores. Nesse aspecto, Carlos Henrique Abrão, reconhecendo a morosidade e burocracia da Justiça, cujas conseqüências podem atrapalhar o interesse das micro e pequenas empresas na contratação ou feitura de novas despesas, considera que “seria fundamental priorizar o andamento do procedimento, a criação de varas especializadas e o acompanhamento dos prazos”¹³².

Com relação a não inclusão de créditos diversos daqueles classificados como quirografários, dentre o rol dos que serão habilitados na recuperação judicial, pertinente é a conclusão do Senador Ramez Tebet, com relação à matéria:

A inclusão de créditos não quirografários e a maior flexibilidade nos termos do plano especial – ao contrário do que pode parecer em um exame desatento e ingênuo do assunto – traria prejuízo, e não benefício, às micro e pequenas empresas, pois o risco envolvido em qualquer negócio realizado com elas seria sobremaneira agravado na avaliação do mercado. Dessa forma, os pequenos teriam o custo do seu crédito aumentado significativamente ou simplesmente perderiam acesso ao financiamento de sua atividade¹³³.

¹³² ABRÃO, Carlos Henrique. op. cit., p. 183.

¹³³ TEBET, Ramez. op. cit.

¹³³ ABRÃO, Carlos Henrique. Ibidem, p. 187.

Ao estabelecer que o prazo do parcelamento, com parcelas mensais, fixas e sucessivas, não poderá ultrapassar trinta e seis meses, e que o plano envolverá apenas os credores quirografários, logrou o legislador, em optar por um mecanismo bastante semelhante ao previsto para a antiga concordata preventiva, que previa basicamente, a dilação no prazo dos pagamentos das dividas vencidas e vincendas, bem como o seu parcelamento e sujeição apenas dos credores tidos como quirografários.

Não é necessária deliberação para aprovação do plano especial de recuperação, nesse aspecto, o artigo 72, “caput”, é claro ao dispor que a análise do pedido cabe exclusivamente ao juiz. No entanto, o parágrafo único do mesmo artigo, prevê a possibilidade dos credores se posicionarem contrariamente ao plano. Nesse andar, o juiz julgará improcedente o pedido de recuperação com base em plano especial, e conseqüentemente, decretará a falência do devedor, se houver objeções de credores cujos créditos correspondam a mais da metade dos créditos quirografários sujeitos à recuperação. Como esclarece Carlos Henrique Abrão:

De bom alvitre que o juízo analise detalhadamente essa circunstância de impugnação até pela cessão de credito que poderá tornar um grupo reduzido o detentor de poder de rejeição do plano especial de recuperação de empresas de pequeno porte e microempresas. Invariavelmente, a rejeição do plano deverá ser fundamentada, e a impugnação conter regra transparente que impeça a concessão do beneficio, sob pena de responderem os credores pelas perdas e danos causados ao devedor, com intuito exclusivo de prejudicar a atividade empresarial e inibir a pretensão de reorganização societária¹³⁴.

Convém ainda anotar que, diferentemente do que ocorre na recuperação judicial convencional, em que nos termos do artigo 48, II, o intervalo entre um pedido e outro de recuperação é de cinco anos, prevê a legislação falimentar que, na hipótese de concessão da forma especial de recuperação, o beneficiado não a

¹³⁴ TEBET, Ramez. op. cit.

poderá requerer novamente, antes de transcorridos oito anos, de acordo com o artigo 48, III. Tal decisão do legislador, se coaduna com a manifestação do Senador Ramez Tebet:

Por não passar pelo crivo da assembléia geral de credores – que pode, além de analisar a viabilidade do plano, levar em consideração a boa-fé e a seriedade com que o devedor trata suas obrigações –, a recuperação judicial com base no plano especial que propomos precisa estar sujeita a limitações e requisitos mais rigorosos, a fim de evitar o abuso pelos devedores. Por isso é que se prevê forma rígida e prazo de oito anos entre uma concessão e a seguinte. Se não houvesse essa previsão, as empresas poderiam, nos termos do art. 47, II, independentemente da concordância dos credores e com o pálio da lei, passar três anos e meio em recuperação judicial e somente um ano e meio em atividade regular, até pedir nova recuperação, em um círculo vicioso nocivo ao processo econômico, agredindo o interesse social por meio do uso oportunista contumaz de um remédio extremo¹³⁵.

Finalmente, convém registrar que “as normas gerais estabelecidas para a recuperação judicial das empresas de médio ou grande porte aplicam-se ao procedimento das micro ou pequeno porte, quando não colidirem com as específicas deste”¹³⁶.

5.4 RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL

A Lei 11.101/2005 inovou ao instituir o mecanismo da Recuperação Extrajudicial de Empresas. Neste modelo, o devedor pode selecionar e convocar seus credores para a apresentação do plano de recuperação extrajudicial, de maneira que ele terá efeitos somente sobre aqueles que a ele expressamente aderirem, exceto, quando o devedor conseguir a adesão de mais de 3/5 de todos os

¹³⁵ TEBET, Ramez. op. cit.

¹³⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários** ... op. cit., p. 184.

créditos de cada classe, hipótese em que todos os credores daquela referida classe serão afetados pelas regras contidas no plano, mesmo que discordem.

Em termos de conceituação, para Rachel Sztajn, “a recuperação extrajudicial é negócio jurídico consensual entre devedor e uma ou algumas classes de credores, um negocio de cooperação, de repactação na divisão de riscos, que, em alguma medida, s assemelha aos negócios plurilaterais”¹³⁷.

No mesmo sentido, trilhou Francisco Satiro de Souza Junior, ao considerar a recuperação extrajudicial como,

Um meio formal de acordo especial com certos credores, que pode eventualmente ser imposto a uma minoria resistente. A par de certos efeitos específicos, diferencia-se de um simples acordo do devedor com credores em razão da sua 'causa', qual seja, a preservação da empresa e os diversos interesses a ela relacionados¹³⁸.

O Decreto-Lei 7661/45 (antiga Lei de Falências) não amparava esta forma de composição e ainda classificava a convocação dos credores pelo devedor, para apresentação de propostas de dilação, remissão de créditos ou cessão de bens, como "atos de falência", impedindo soluções de mercado. Isto é, “o empresário individual ou a sociedade empresária que se arriscasse a convocar os credores para lhes submeter um plano qualquer de recuperação podia ter a falência requerida e decretada, frustrando-se assim a solução de mercado que tentara encaminhar”¹³⁹.

Conforme esclarece Waldo Fazzio Junior,

Com a adoção do instituto da recuperação extrajudicial, o legislador brasileiro abre uma porta menos formal para que credores e devedor cheguem a um resultado satisfatório, compondo suas dissensões ao convergir no intuito de manter viva a empresa, como unidade produtiva¹⁴⁰.

¹³⁷ SZTAJN, Rachel. In: ABRÃO e TOLEDO. op. cit., p. 418.

¹³⁸ SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. In: **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Lei 11.101/2005**. Coordenadores Francisco Satiro de Souza Junior, Antonio Sergio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p. 511.

¹³⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários** ... op. cit., p.391.

¹⁴⁰ FAZZIO JUNIOR, Waldo. op. cit., p. 116.

Na Lei 11.101/2005, o novo mecanismo vem previsto no capítulo VI, especificamente nos artigos 161 a 167, e, caracteriza-se por duas fases distintas, sendo uma realizada fora e outra no âmbito do Poder Judiciário.

A primeira fase compreende uma transação realizada pelo empresário com os seus credores fora do âmbito do Poder Judiciário, que implicará na formação de um plano de recuperação extrajudicial. Nessa fase,

O empresário ou sociedade empresária não precisa atender a nenhum dos requisitos da lei para a recuperação extrajudicial.

(...)

Quando a lei, no art. 161 e outros dispositivos, estabelece requisitos subjetivos para a recuperação extrajudicial, ela está se referindo apenas ao devedor que pretende, oportunamente levar o acordo à homologação judicial¹⁴¹.

Já na segunda fase, quando o devedor poderá levar o plano a juízo para homologação, a lei exige que o empresário ou sociedade empresária preencham, além dos requisitos subjetivos constantes no artigo 48 da Lei, os requisitos objetivos “que dizem respeito ao conteúdo do plano de recuperação acordado entre o devedor e os credores envolvidos”¹⁴², e aqueles documentos previstos no artigo 162 da Lei. Como requisitos objetivos tem-se:

- não pode ser previsto o pagamento antecipado de nenhuma dívida (art. 161, parágrafo 2º, primeira parte);
- todos os credores sujeitos ao plano devem receber tratamento paritário, vedado o favorecimento de alguns ou o desfavorecimento de apenas parte deles (art. 161, parágrafo 2º, segunda parte);

¹⁴¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários** ... op. cit., p. 392.

¹⁴² COELHO, Fábio Ulhoa. *Ibidem*, p. 393.

- só pode abranger os créditos constituídos até a data do pedido de homologação (art. 163, parágrafo 1º, in fine);
- só pode contemplar a alienação de bem gravado ou a supressão ou substituição de garantia real se com a medida concordar expressamente o credor garantido (art. 163, parágrafo 4º);
- não pode estabelecer o afastamento da variação cambial nos créditos em moeda estrangeira sem a anuência expressa do respectivo credor (art. 163, parágrafo 5º);
- juntar a justificativa da recuperação extrajudicial;
- juntar o documento que contenha os termos e condições do plano, com assinatura dos credores que a ele aderiram.

Cumprido salientar para o fato de que, conforme a previsão do artigo 161, § 3º, o devedor não poderá requerer a homologação de plano extrajudicial, se estiver pendente pedido de recuperação judicial ou se houver obtido recuperação judicial ou homologação de outro plano de recuperação extrajudicial há menos de dois anos. “Na verdade, as hipóteses do § 3º do art. 161 se destinam a impedir comportamentos oportunistas dos devedores”¹⁴³.

Ainda, o pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial não acarretará suspensão de direitos, ações ou execuções, nem a impossibilidade do pedido de decretação de falência pelos credores não sujeitos ao plano de recuperação extrajudicial, conforme o disposto no § 4º do artigo 161 da Lei.

Com relação à impossibilidade do plano contemplar o pagamento antecipado de dívidas e o tratamento desfavorável aos credores que a ele não estejam sujeitos,

¹⁴³ SZTAJN, Rachel. In: ABRÃO e TOLEDO. op. cit., p. 419.

Rachel Sztajn entende que a Lei procurou “mesmo que não se faça execução coletiva, garantir a observância da *par conditio creditorum*, igualdade entre credores da mesma classe”¹⁴⁴. Mais a frente a autora complementa:

A vedação a tratamento desfavorável aos credores que não aderirem ao plano não significa que terão os mesmos benefícios ou vantagens previstos para os que venham a aderir à proposta, o que se coaduna com o princípio geral de direito que determina tratar igualmente a todos, desde que na mesma situação ou posição jurídica, e desigualmente aos que ocupem posições outras¹⁴⁵.

No § 5º do artigo 161, consta que o credor que aderiu ao plano de recuperação extrajudicial não pode dele desistir após a distribuição do pedido de homologação judicial, a menos que os demais signatários concordem. Entendeu o legislador que “a adesão de cada credor é sempre feita no pressuposto de que todos os signatários, na forma prevista no plano, vão dar sua parcela de contribuição, para a realização desse objetivo, a desistência de qualquer um deles compromete os interesse dos demais”¹⁴⁶, portanto, para que o credor possa desistir daquilo que foi previsto no plano, exige a lei que esse tenha a concordância, tanto dos demais credores, como do devedor.

Em que pesem as vantagens introduzidas pelo novo instituto, preferiu o legislador preservar algumas categorias de credores, os quais “não podem renegociar os créditos que detém perante empresário ou sociedade empresária por meio de expediente da recuperação extrajudicial”¹⁴⁷. Desse modo, não se aplica este instituto aos titulares de créditos de natureza tributária, derivados da legislação do

¹⁴⁴ SZTAJN, Rachel. In: ABRÃO e TOLEDO. op. cit., p. 418.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 419.

¹⁴⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários** ... op. cit., p. 393.

¹⁴⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Ibidem, p. 394.

trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho, assim como àqueles previstos nos artigos 49, § 3º, e 86, inciso II do “caput”, da Lei 11.101/2005.

A Lei prevê, ainda, ao lado da homologação facultativa do plano de recuperação extrajudicial, que ocorre quando todos os credores alcançados pelo plano estão de acordo com a sua implantação, a homologação obrigatória ou “impositiva”, prevista no artigo 163 da Lei, que se verifica quando o devedor consegue obter adesão ao plano de apenas uma parte dos credores, restando uma pequena minoria resistente a suportar suas conseqüências.

Nesse caso, é injusto que a oportunidade de reerguimento da empresa do devedor se perca em razão da recusa de adesão ao plano por parte de parcela minoritária dos credores. Com a homologação judicial do plano de recuperação extrajudicial, estendem-se os efeitos do plano aos minoritários nele referidos, suprindo-se, desta forma, a necessidade de sua adesão voluntária¹⁴⁸.

No mesmo sentido, o doutrinador Francisco Satiro de Souza Junior sabiamente trilhou o seu entendimento:

Mesmo que a reestruturação beneficie a coletividade de interessados, um credor pode ver-se tentado a rejeitar a proposta por várias razões: para beneficiar-se individualmente da situação; por ausência de sensibilidade quanto às finalidades do plano; por simples assimetria informacional (receio de que as informações fornecidas pelo devedor sejam imprecisas e contaminem os pilares do plano proposto); ou por outros critérios pessoais. Fato é que a busca de solução individual dos interesses dos credores nem sempre leva a um resultado ideal, sob o ponto de vista da eficiência, para a empresa e para os credores em geral. Com base em tais preceitos é que o legislador criou a modalidade impositiva de recuperação extrajudicial¹⁴⁹.

¹⁴⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários** ... op. cit., 398.

¹⁴⁹ SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. op. cit., p. 520.

Nessa hipótese, de homologação obrigatória, a instrução do pedido é mais complexa. Além da justificativa e do plano, com a assinatura de 3/5 de todos os créditos de cada espécie por ele aderente, deve o devedor apresentar em juízo:

- exposição de sua situação patrimonial;
- demonstrações contábeis relativas ao último exercício;
- demonstrações contábeis referentes ao período desde o fim do último exercício até a data do plano, levantadas especialmente para o pedido;
- documento comprobatório da outorga de poderes para novar ou transigir para os subscritores do plano em nome dos credores;
- relação nominal de todos os credores, com endereço, classificação e valor atualizado do crédito, além da origem, vencimento e remissão ao seu registro contábil.

Com relação ao procedimento, o legislador falimentar previu o mesmo para ambas as espécies de homologação, ou seja, aplica-se à homologação do plano de recuperação extrajudicial facultativa e à obrigatória, o previsto no artigo 164 da Lei.

Assim, após receber a petição inicial devidamente instruída, o juízo determinará a publicação do edital convocando os credores a apresentarem eventuais impugnações, no prazo dos 30 dias seguintes à publicação do edital. Neste mesmo prazo, 30 dias, o devedor requerente deve provar que comunicou, por carta, todos os credores sujeitos ao plano domiciliados ou sediados no Brasil, informando-lhes da distribuição do pedido de homologação extrajudicial, as condições do plano apresentado e o prazo para impugnação.

Cabe ao devedor demonstrar ter tomado todas as medidas necessárias para que os credores sejam devidamente informado da distribuição do pedido, do plano proposto e das condições a que ficarão sujeitos, bem como do prazo para que formulem suas impugnações, prazo esse que é decadencial de 30 dias, contado, insista-se, da publicação do edital, não da expedição de eventuais avisos ou correspondência pelo devedor¹⁵⁰.

A impugnação deverá ser instruída com prova do crédito do impugnante e só pode versar sobre um dos fundamentos admitidos pela lei, que são:

- não preenchimento do percentual mínimo de 3/5 de cada espécie de crédito envolvido;
- proceder à liquidação precipitada de seus ativos;
- lançar mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos ou realizar ato inequívoco com o objetivo de retardar pagamentos, fraudar credores, negócios simulados ou alienar parte ou a totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;
- transferir estabelecimento à terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo
- simular transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credores:
 - dar ou reforçar garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;
 - ausentar-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar todos os credores;
 - abandonar o estabelecimento sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar credores;

¹⁵⁰ SZTAJN, Rachel. In: ABRÃO e TOLEDO. op. cit., p. 425.

- abandonar estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;
- deixar de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação.

Sendo apresentada alguma impugnação, o devedor será intimado para se manifestar em cinco dias. Após este prazo, os autos serão conclusos ao juízo para deferir a petição inicial e homologar o plano ou acolher a impugnação e indeferir a homologação. “A manifestação judicial serve para coibir que algum credor, cujo interesse seja contrariado pelo plano de recuperação aprovado pela maioria, impeça a recuperação da empresa, a continuação da atividade, por motivos egoístas ou pessoais”¹⁵¹. Desta sentença cabe, em qualquer caso, apelação, sem efeito suspensivo (parágrafo 7º do artigo 164).

Em caso de indeferimento da homologação, nada obsta a reapresentação do pedido, desde que, obviamente, afastado o motivo da decisão denegatória.

Rejeitada a homologação por qualquer motivo, o credor que havia concordado com a mudança de valor ou da forma de pagamento readquire os direitos anteriores à adesão, nas condições originais.

Caso seja previsto no plano de recuperação extrajudicial homologado a venda judicial de filiais ou unidades produtivas isoladas, esta se fará por hasta, através de leilão, propostas fechadas ou pregão.

Esta nova modalidade de acordo privado introduzida pela Nova Lei não impede que o devedor e seu credores celebrem outras modalidades de acordo privado, haja vista a clara previsão constante no artigo 167 da Lei 11.101/2005, “o

¹⁵¹ SZTAJN, Rachel. In: ABRÃO e TOLEDO. op. cit., p. 426.

disposto neste Capítulo não implica impossibilidade de realização de outras modalidades de acordo privado entre o devedor e seus credores. Para a doutrinadora Rachel Sztajn:

Positiva a norma do art. 167, uma vez que permite ao devedor propor tanto um plano de recuperação extrajudicial, em que a venda de ativos é uma das alternativas, quanto se admite que, reunidos credores e devedor, seja encontrada outra forma de ajuste que evite a falência da empresa em crise. Tratando-se de direitos patrimoniais disponíveis, não há, salvo, evidentemente, ordem pública, moral e bons costumes, nada que impeça acordos entre particulares nos quais se privilegie a função social da empresa¹⁵².

¹⁵² SZTAJN, Rachel. In: ABRÃO e TOLEDO. op. cit., p. 427.

6. CONCLUSÃO

Conforme pôde ser observado pelo transcorrer do presente estudo, o modelo da legislação concursal introduzido no sistema jurídico pátrio, em meados do ano de 2005, com a Lei nº 11.101, que regula a recuperação judicial e extrajudicial de empresas, bem como a falência do empresário e da sociedade empresária, é bastante diferente do padrão estruturado pelo binômio falência-concordata, que vigorava durante o antigo Decreto-Lei 7.661/45, além de ser fortemente marcado pela superação da preferência dada quase que exclusivamente aos interesses dos credores.

Inexoravelmente, nas últimas décadas, a empresa passou a ser vista como um fenômeno econômico-social, inserida num contexto global, deixando de ocupar um papel de mero pano de fundo, para assumir a posição de grande propulsora da economia, através da execução de atividades de produção e fornecimento de produtos e serviços, desempenhando um papel de relevância no meio social.

Atento para com esta nova realidade experimentada pela sociedade brasileira, o legislador, enfrentando a necessidade de uma reforma no sistema falimentar pátrio, decidiu criar novos mecanismos para salvaguardar as empresas, em substituição de uma lei que apresentava-se despreparada para fazer com que o empresário insolvente se recuperasse e colocasse a empresa de volta à ativa.

Nasce, para tanto, a Lei nº 11.101/2005, que tem como fundamento a manutenção das atividades das empresas que enfrentam uma crise econômico-financeira, sintonizando a ordem jurídica nacional, com os anseios despertados pela sociedade como um todo, uma vez que, os novos institutos de recuperação possibilitam a reorganização e manutenção da empresa em crise, em benefício não

somente dos empresários, como também dos empregados, credores e de toda a sociedade.

A antiga concordata passa, no novo sistema, a ser apenas um dos possíveis meios de recuperação empresarial, entre tantos outros. Abriu-se espaço para a criatividade de credores e devedores, que, a partir de um elenco não exaustivo, mas, simplesmente enumerativo de instrumentos de reestruturação, podem elaborar propostas eficientes e possíveis de serem atendidas para a recuperação da empresa em crise.

Nota-se, portanto, que o legislador falimentar, com acuidade, optou por traçar como orientação do novel diploma de recuperação de empresas um modelo construtivo, isto é, que prima pelo soerguimento da empresa em dificuldades e pela manutenção das suas atividades, de modo a relegar a falência a um segundo plano, como instrumento a ser utilizado apenas quando se verificar a impossibilidade de permanência da empresa através dos institutos de recuperação.

Na mesma medida em que coloca como objetivo superior a recuperação de empreendimentos produtivos, almeja a nova lei eliminar do mercado as empresas que não demonstram viabilidade econômico-financeira, através de um processo de liquidação célere e eficiente.

Na verdade, a Lei de Recuperação de Empresas, vem demonstrar a idéia do legislador, em transmitir ao novo diploma legal elementos fáticos e institutos jurídicos capazes de reestruturar economicamente as empresas durante períodos de dificuldade em sua gestão, com fundamento nos princípios constitucionais, como a busca pelo pleno emprego, função social, entre outros.

Nesse sentido, o objeto da legislação falimentar assumiu um caráter social deixando de tratar, unicamente, da falência das sociedades, passando a buscar por

sua efetiva recuperação. Isso fica claramente demonstrado através de uma rápida leitura do artigo 47 da referida Lei, que estabelece: "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".

Inegável que relevantes melhoras foram introduzidas no ordenamento jurídico com a publicação da nova lei, especialmente com a adoção dos institutos da recuperação judicial e extrajudicial de empresas. Entretanto, não se pode esperar que a nova Lei, por si só, possa disciplinar e resolver as complexas relações e controvérsias que se estabelecem no âmbito do direito empresarial e concursal, é preciso, além disso, de um comprometimento de todos aqueles ligados às empresas e ao próprio direito, bem como, de uma reforma do aparato judicial, que atualmente não possui condições físicas e técnicas para fiscalizar a devida e correta aplicação das leis. Cumprirá aos empresários comprometidos com sua responsabilidade social, e aos operadores do direito, aplicar a nova legislação de forma que ela se torne em eficaz instrumento de fomento à atividade econômica em prol de uma sociedade mais humana e justa.

E finalmente, utilizando as palavras do Senador Ramez Tebet, encerro este trabalho, satisfeita de ter conseguido alcançar o objetivo traçado, quando da escolha do tema do trabalho de conclusão de curso, e certa de que o longo e árduo trabalho de pesquisa e redação e o grande tempo despendido, valeram a pena.

Como toda obra humana, a Lei de Falências é histórica, tem lugar em um tempo específico e deve ter sua funcionalidade constantemente avaliada à luz da realidade presente. Tomar outra posição é enveredar pelo caminho do dogmatismo.¹⁵³

¹⁵³ TEBET, Ramez. op. cit.

BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Nelson. **Curso de Direito Falimentar**. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 5ª edição, rev. e atual., 1997.

_____. **O novo direito falimentar: Nova Disciplina Jurídica da Crise Econômica da Empresa**. São Paulo: Rumo Gráfica, 1984.

ABRÃO, Carlos Henrique. In: **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Coordenadores Paulo Sales de Toledo, Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2005.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Concordata**. São Paulo: Saraiva, 19ª edição, 2001.

ARAÚJO, José Francelino de. **Curso de Falências e Concordatas**. Porto Alegre: Ritter dos Reis, 1996.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **Direito comercial – Falências e Concordatas**. Leme: Editora de Direito, 2ª edição, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito - O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil** – Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/NEO.pdf#search=%22Neoconstitucionalismo%20e%20Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o%20do%20Direito%20%22>. Acesso em 24/07/2006.

BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETO, Sílvia Maria L. Batalha de. **Falências e Concordatas**. São Paulo: Editora LTr. 3ª edição, 1999.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova Lei de Recuperação e Falências - Comentada**. São Paulo: Revista do Tribunais. 3ª edição, 2005

BIOLCHI, Osvaldo. **Apelo para votação do Projeto de Lei 4.376/1993**. 03/04/2001.

BODIN, Maria Celina. **A caminho de um Direito Civil Constitucional**. In: Revista de Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 17, nº 65, julho-setembro/1993.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, Volume III, 1977.

CLARO, Carlos Roberto. **Revocatória Falimentar**. Curitiba: Juruá. 3ª edição, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, Volume III, 5ª edição. 2005.

Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação Judicial de empresas (Lei 11.101 de 9-2-2005). São Paulo: Saraiva, 3ª edição, 2005.

COMPARATO, Fabio Konder. **Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa**. São Paulo: RT, 1970.

Direito Empresarial: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995.

“Função social da propriedade dos bens de produção”. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, nº 63.

COSTA, Ana Carla Abrão. **“Sistemas Legais de Insolvência, Incentivos e Mercado de Crédito: uma abordagem institucional”**. Anais do XXXIV Encontro Nacional de Economia, Anpec, maio/2004.

Diário da Câmara dos Deputados – Suplemento. Brasília: Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, dez 1998, p. 43.
http://imagem.camara.gov.br/dc_20b.asp

FACCHINI Neto, Eugênio. **Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado**. In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2ª edição, 2006.

FARRACHA DE CASTRO, Carlos Aberto. **Fundamentos do Direito Falimentar – Doutrina, Jurisprudência, Legislação**. Curitiba: Juruá, 2002.

“Uma nova visão do Direito Falimentar – A obrigatoriedade de adequação à luz da Constituição Federal”. In: Revista de Direito Mercantil. nº 118, abril/jun 2000.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Atlas, 2005.

GEORGINA, Maria Thomé; CURY, Paulo José Simão; **“Tendências do Direito Falimentar”**. In: Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 12, out/dez 2002.

GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. **Apontamentos de Direito Comercial**. Curitiba: Juruá, 1998,

LACERDA, José Candido Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 14ª edição, 1999.

LOBO, Jorge. **Direito Concursal**. Rio de Janeiro: Forense, 3ª edição, 1999.

_____. **Da Recuperação da Empresa – No Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1993.

_____. In: **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Coordenadores Paulo Sales de Toledo, Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2005.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O Direito do Trabalho Como Instrumento de Justiça Social**. São Paulo: Editora Ltr, 2000.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, Volume VIII, 1947.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Tomo XXVIII, 1984.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Comentários à Nova Lei de Falências**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

PACHECO, José da Silva. **Processo de Falência e Concordata**. Rio de Janeiro: Forense, 6ª edição, 1996.

PENALVA SANTOS, Paulo. “**O novo projeto de recuperação da empresa**”. In: Revista de Direito Mercantil, jan/mar 2000.

Recuperação sem ônus - Não haverá sucessão trabalhista no leilão da Varig - Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/45074,1> Acesso em 02/09/2006.

REQUIÃO, Rubens. **Aspectos modernos de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, Volume II, 1980.

_____. **Curso de Direito Falimentar**. São Paulo: Saraiva, Volume II, 13ª edição, 1992.

SANT'ANNA, Rubens. **A falência da empresa – realidade contemporânea e perspectivas futuras**. In: Revista de Direito Mercantil, out/dez 1986.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Interpretação constitucional operativa: princípios e métodos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. **“A Disciplina da Reorganização da Empresa em Crise Econômica no projeto de Lei Concursal”**. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, nº 111.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. In: **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Lei 11.101/2005**. Coordenadores Francisco Satiro de Souza Junior, Antonio Sergio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SZTAJN, Rachel. In: **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Coordenadores Paulo Sales de Toledo, Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____ In: **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Lei 11.101/2005**. Coordenadores Francisco Satiro de Souza Junior, Antonio Sergio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **“A Lei de Falências. Sugestões ao substitutivo”**. Disponível em www.jus.com.br/doutrina/falenci.html Acesso em 10/07/2006.

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

ZANINI, Carlos Kein. In: **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Lei 11.101/2005**. Coordenadores Francisco Satiro de Souza Junior, Antonio Sergio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005,