

MÁRCIO EDUARDO MORO

**NOVA LEI DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS
A SUBSTITUIÇÃO DO INSTITUTO DA CONCORDATA PELOS INSTITUTOS
DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL DE EMPRESAS**

CURITIBA

2005

MÁRCIO EDUARDO MORO

**NOVA LEI DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS
A SUBSTITUIÇÃO DO INSTITUTO DA CONCORDATA PELOS INSTITUTOS
DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL DE EMPRESAS**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Carlos Joaquim de Oliveira Franco

CURITIBA

2005

Dedicatória

*Dedico esta monografia a **minha** mãe, Sra. Etelvina Aparecida Reggiani, **por ter proporcionado** a mim, apesar das dificuldades, **todas as condições** de ensino e educação que **culminaram**, dentre outros feitos, com a conclusão do **presente trabalho** acadêmico.*

*Dedico , **também**, aos meus avós-maternos, Sra. Geraldina **Pereira Reggiani** (in memoriam) e Sr. **José Reggiani Filho** (in memoriam), pela educação e **apoio** que me **forneceram** até o fim de suas **passagens por** este **mundo terreno**.*

Agradecimentos

Ao Professor Orientador, Professor Carlos Joaquim de Oliveira Franco, pelo acompanhamento e revisão do presente estudo, bem como pelas críticas e sugestões apresentadas que propiciaram um maior aprofundamento e alcance da presente pesquisa.

Ao Dr. Michel Guérios Netto, por ter se mostrado um grande amigo, sempre apoiando, compreendendo, tecendo sugestões e críticas que somente vieram engrandecer o presente trabalho.

Ao Sr. Fabiano Machado Dal Negro, pelo apoio, amizade e interesse apresentado com a presente pesquisa, sempre disponibilizando o material necessário para concluí-la.

À Rebeca Mathias Bueno, companheira de todos os momentos.

SUMÁRIO

RESUMO	vii
1 INTRODUÇÃO	1
2 CAMPO DE ATUAÇÃO DO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO	4
2.1 TEORIA DOS ATOS DE COMÉRCIO	5
2.2 TEORIA DA EMPRESA	7
2.2.1 Conceito de Empresa	9
2.2.2 Conceito de Empresário	14
3 O INSTITUTO DA CONCORDATA PREVISTO NO DECRETO LEI 7.661/1945 COMO MEIO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS	16
3.1 HISTORICO DO INSTITUTO	16
3.2 DA NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO DA CONCORDATA.....	22
3.3 DAS MODALIDADES DE CONCORDATA PREVISTAS NO DECRETO LEI N.º 7.661/1945	26
3.3.1 Da Concordata Preventiva	26
3.3.2 Da Concordata Suspensiva	29
3.4 DA CRISE DO INSTITUTO DA CONCORDATA NA ATUALIDADE.....	31
4. A NOVA LEI DE FALÊNCIAS (LEI N.º 11.101/2005)	36
4.1 HISTÓRICO DA TRAMITAÇÃO DO PROJETO DE LEI DE REFORMA DO DIREITO FALIMENTAR PÁTRIO.....	36
4.2 ASPECTOS GERAIS E PRINCIPAIS OBJETIVOS DA NOVA LEI DE FALÊNCIAS.....	41
5. DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS	48
5.1 CARACTERÍSTICAS GERAIS DO INSTITUTO DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS	49
5.2 DAS FORMAS DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS	52
5.2.1 Da Recuperação Judicial	53
5.2.1.1 Conceito Legal e Panorama Geral do Instituto	53

5.2.1.2 Da Natureza Jurídica da Recuperação Judicial	63
5.2.1.3 Dos Meios de Recuperação Judicial	65
5.2.1.4 Do Procedimento da Recuperação Judicial	76
5.2.1.4.1 Do Pedido e dos Efeitos de seu Deferimento	76
5.2.1.4.2 Do Plano de Recuperação	80
5.2.1.4.3 Da Assembléia Geral de Credores	82
5.2.1.4.4 Do Encerramento da Recuperação Judicial	84
5.2.2 Do Plano Especial de Recuperação Judicial previsto para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte	85
5.2.3 Da Recuperação Extrajudicial	89
6. DIREITO COMPARADO	93
6.1 FRANÇA	94
6.2 ESPANHA	96
6.3 PORTUGAL	97
6.4 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	98
7. ATUALIDADES	100
8. CONCLUSÕES	105
9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	110

RESUMO

A Nova Lei de Falências – Lei n.º 11.101/2005, em vigência em nosso ordenamento jurídico desde o dia 09 de junho de 2005, foi recebida pela classe empresarial com muito otimismo, uma vez que, segundo as instituições financeiras, o custo elevado do crédito comercializado no Brasil, tinha como fundamento, em grande parte, a instabilidade dos meios de recuperação empresarial até então existentes e regulados pelo, revogado, Decreto-Lei n.º 7.661/1945. Desse modo, em substituição aos inefetivos institutos de recuperação instituídos e regulados por este Diploma legislativo – Concordatas -, restou inserido na nova legislação falimentar, os chamados institutos de Recuperação de Empresas, divididos em 02 (dois) grandes grupos, quais sejam: Recuperação Judicial e Recuperação Extrajudicial. Portanto, vislumbra-se de uma minuciosa análise do novo ordenamento falimentar que o objetivo do legislador seria o de proporcionar ao empresário e à sociedade empresária, meios efetivos e plausíveis que possibilitassem a preservação da unidade produtiva e principalmente dos empregos, sob o prisma da chamada “função social da empresa”. Desta forma, pela comparação entre os “antigos” e os “novos” institutos de Recuperação de Empresas, bem como pela inserção dos mesmos no contexto econômico atual brasileiro, foi possível a verificação da efetividade e da plausibilidade dos novos institutos de recuperação de empresas, ora inseridos em nosso ordenamento jurídico. Obviamente que a nova legislação falimentar está longe de ser considerada perfeita, porém, acreditamos que com a efetivação de alguns ajustes e principalmente com a conscientização da magistratura nacional e dos aplicadores do direito sobre a importância de tal diploma legislativo, será possível aferir a efetividade dos novos institutos de Recuperação de Empresas.

Palavras-chave: legislativo, nova lei de falências, concordatas, preservação de empresas, função social da empresa, recuperação judicial, recuperação extrajudicial, meios de recuperação, aplicabilidade, efetividade.

1. INTRODUÇÃO

Muitas expectativas na classe empresarial, a partir da aprovação da Nova Lei de Falências – Lei n.º 11.101/2005, até porque muito se disse, entre as instituições financeiras, que a antiga Lei era uma das causas do elevado *spread* bancário no que diz respeito às taxas de juros praticadas no mercado.

Dentre as profundas alterações sofridas em referido diploma falimentar, merece uma análise pormenorizada, uma das principais modificações ocorridas, qual seja, a supressão do instituto da concordata e a inserção dos institutos de recuperação de empresas.

Busca-se na presente introdução, a realização de uma breve análise do Projeto de Lei que culminou com a promulgação da Nova Lei de Falências, o qual, após, aproximados, 12 (doze) anos de análises, estudos e discussões, foi inserido em nosso ordenamento jurídico, em substituição ao “ultrapassado” Decreto-Lei 7.661 datado do ano de 1945.

Assim, tem-se como o ponto principal do presente estudo, a análise destes novos meios de recuperação empresarial, respondendo ao seguinte questionamento: Como os institutos de Recuperação de empresas (Recuperação Judicial e Extrajudicial) são concebidos e entendidos na Nova Legislação Falimentar, no tocante à sua efetividade?

Com amparo nesta situação peculiar e duvidosa em nosso meio jurídico atual (doutrinário e jurisprudencial), busca-se a resposta de tal questionamento e de outros atinentes a este tema, tendo em vista a reviravolta substancial e expressiva que causou ao direito falimentar nacional, o qual, hoje, teria sido previsto com o objetivo de garantir a manutenção da unidade empresarial recuperável entendendo esta como fonte geradora de bens, serviços, produtos, riquezas e empregos.

Este novo modelo de direito falimentar, causou grande furor no mercado econômico nacional e nos investidores estrangeiros que aplicam seu capital em nosso país, uma vez que teria sido investida aos novos institutos de recuperação de

empresas, a responsabilidade pela diminuição do risco de crédito, o qual auxiliaria de forma incisiva o tão aguardado crescimento econômico brasileiro, com a esperada redução do *spread* bancário e um maior volume de investimentos privados¹.

Convém ressaltarmos, neste ponto, uma das principais alterações ocorridas no novo diploma falimentar pátrio, qual seja, a inserção de mecanismos de maior proteção ao crédito, destacando-se: **i-)** alteração da gradação legal – classificação dos créditos para o fim de concurso universal de credores; **ii-)** a posição dos créditos fiscais, em referida classificação – ocupando posição inferior em relação aos credores titulares de créditos de natureza trabalhista e àqueles garantidos por garantia real até o limite do bem gravado; **iii-)** a posição dos credores trabalhistas, em referida classificação – os créditos trabalhistas, apesar de ocuparem a primeira posição na ordem de preferência no concurso universal de credores, foram limitados até a quantia representativa de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, sendo que o excedente recebe a classificação de créditos quirografários; **iv-)** posição especial garantida aos credores titulares de crédito originário após a decretação o deferimento do processamento da recuperação judicial, como créditos extra-concursais, garantindo tal pagamento com prevalência inclusive aos créditos de natureza trabalhista.

Desta forma, tem-se que a Nova Lei de Falências, com a introdução dos institutos da recuperação judicial e extrajudicial do devedor, em substituição à antiga e ineficiente concordata, e dos novos mecanismos de proteção ao crédito, como os

1 ARMANDO MONTEIRO NETO, presidente da Confederação Nacional da Indústria (CNI), explicitou a expectativa do país quanto aos reflexos da nova legislação falimentar quanto ao mercado financeiro nacional, afirmando que “A nova lei é um marco importante na agenda de reformas do país”. E continuo dizendo que “Esperamos que, além de outros resultados, ela possa contribuir para a redução do *spread* no Brasil, já que os credores bancários passam agora a ter tratamento diferenciado e mais equânime”. Mesmo posicionamento explicita PAULO SKAF, presidente da Fiesp (Federação das Indústrias do Estado de São Paulo), em matéria publicada no mesmo periódico em data de 16 de dezembro de 2004 com o título de ‘Lei de Falências beneficia banco, vê analista’, afirmando que “O que nós, a rigor, esperamos é o cumprimento pelo sistema financeiro da redução do ‘*spread*’ bancário, já que por muito tempo o setor reclamava pelas mudanças [trazidas pela lei] para reduzir suas taxas”. (_____. Lei de Falências demora a baixar o juro. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 11 fev. 2005)

acima descritos, buscará a preservação e a continuidade dos negócios das empresas viáveis, a manutenção de empregos e o pagamento dos credores.

Assim, explicitaremos no presente estudo, a análise do campo de atuação do direito comercial brasileiro, o qual foi, em parte, modificado pela entrada em vigor do Código Civil brasileiro em 2002, sendo de extrema relevância no tocante ao campo de atuação do novo diploma falimentar pátrio.

Posteriormente, serão analisados os aspectos do "antigo instituto" da concordata, em toda a sua evolução histórica e em seus pontos considerados como obsoletos e defeituosos.

Na seqüência, será realizada uma análise geral da nova legislação falimentar, destacando-se os novos institutos de recuperação de empresas.

O ponto principal do presente estudo é a análise dos novos institutos de Recuperação de Empresas, sendo eles de: **Recuperação Judicial, Plano de Recuperação Judicial Especial para as Pequenas e Micro-empresas e Recuperação Extrajudicial.**

Será apresentado um estudo comparado do novo diploma falimentar pátrio com os existentes em alguns países da Europa e com o previsto dos Estados Unidos da América.

Por fim, destacamos recentes situações de aplicabilidade dos novos institutos de recuperação de empresas no Brasil na prática forense, frisando que os atuais beneficiários se tratam de grandes companhias e, principalmente, às companhias aéreas.

Uma análise geral dos novos institutos de recuperação e do que se esperar com a nova legislação falimentar é, ao final, apresentada, principalmente quanto à efetividade do aparato dos novos institutos de recuperação de empresas, previsto na nova legislação falimentar pátria.

2. CAMPO DE ATUAÇÃO DO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO

Inicialmente, antes de adentrarmos ao estudo da nova legislação falimentar brasileira, principalmente, no que se refere aos novos institutos de recuperação de empresas, convém destacarmos a profunda alteração ocorrida em nosso ordenamento jurídico no âmbito do Direito Comercial brasileiro com a modificação do Código Civil brasileiro de 1916 e, paralelamente, do Código Comercial de 1850.²

Importantes alterações foram sentidas na seara do Direito Comercial pátrio, principalmente quanto à teoria norteadora do estudo de tal disciplina jurídica.

Anteriormente, quando da plena vigência do Código Comercial de 1850, era difundida no Brasil a denominada “dicotomia do direito privado”, com a separação de do direito privado brasileiro “Direito Comercial” e “Direito Civil”, ambos autonomamente.

Entretanto, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002³, ocorreu a, aparente, extinção de tal dicotomia, uma vez que o antigo campo de estudo do direito comercial passou a integrar esta legislação, ocupando o Livro denominado de “Livro II – Do Direito de Empresa”.

Importante destacarmos sobre esta questão que através da “unificação do direito privado”, ocorrida pela alteração legislativa acima mencionada, a teoria que norteava o estudo do direito comercial e, conseqüentemente, o direito falimentar brasileiro acabou sendo modificada, passando-se da chamada “Teoria dos Atos de Comércio” à “Teoria da Empresa”.

O estudo de tais teorias mostra-se totalmente pertinente com o objeto do presente trabalho, uma vez que, no revogado Decreto Lei 7.661/1945, os benefícios

² Sobre tais modificações, assim pronunciou-se FÁBIO ULHÔA COELHO: “Desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o sujeito às normas do Direito Comercial passou a ser identificado segundo os ditames da teoria da empresa.”. (COELHO, Fábio Ulhôa. **Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas : (Lei n.º 11.101, de 9-2-2005)**. 2. ed. ver. São Paulo : Saraiva, 2005, p. 1)

³ Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com vigência a partir de 10 de janeiro de 2003.

da Concordata eram concedidos ao comerciante⁴, entendidos como àqueles que praticavam alguns dos atos definidos como “de comércio” com o objetivo de praticar profissionalmente a chamada *mercancia*⁵; e, hoje, com o advento da Nova Lei de Falências (Lei n.º 11.101/2005) os benefícios da Recuperação são destinados às sociedades empresárias e aos empresários.

Neste diapasão teceremos um breve estudo sobre as, **acima** mencionadas, “Teoria dos Atos de Comércio” e “Teoria da Empresa”.

2.1 TEORIA DOS ATOS DE COMÉRCIO

Conforme exposto no preâmbulo do presente capítulo, **tem-se que a** “Teoria dos Atos de Comércio”, possuía como principal característica à **delimitação** do campo de aplicação das normas de direito comercial, destacando-se os entes que seriam destinatários de suas regulamentações.

Neste sentido o Código Comercial de 1850 intitulava que os sujeitos de direito abarcados pela proteção havida pelas disposições de referido Código, seriam os denominados “comerciantes”, os quais deveriam **estar inseridos** na definição apresentada no artigo 4º de referido *Codex*⁶, a qual remetia à definição de

4 Neste sentido, destacamos a lição do mestre RUBENS REQUIÃO **quando aduz** que: “Temos a considerar, ainda, que, em face da dicotomia do direito privado brasileiro, **em diversas oportunidades** o intérprete deve descer à indagação da comercialidade da prática de alguns atos **realizados em massa**, para definir como mercantil determinada profissão ou sociedade, a fim de lhe conceder ou **negar certos direitos** ou privilégios, de que são exemplos o instituto da falência, da concordata preventiva, **da proteção ao fundo de comércio** pela manutenção do ‘ponto’ (Arts. 51 a 57 da Lei n.º 8.245, de 18/10/1991).”. (REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 1º. 23ª ed. atual. São Paulo : Saraiva, 1998. p. 35-36.)

5 Neste sentido, RUBENS REQUIÃO leciona que: “(...) **para qualificarmos** uma pessoa como comerciante necessitaremos perquirir se se dedica **profissionalmente à mercancia** (Cód. Com., art. 4º), cujo conceito decorre da prática de diversos atos de comércio **enumerados no art. 19** do velho Regulamento n.º 737, de 1850 (...)”.(Ibidem, p.36)

6 Código Comercial de 1850 - Artigo 4º: ‘Ninguém é **reputado** comerciante para efeito de **gozar da** proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, **sem que se tenha** matriculado em **algum dos** Tribunais do Comércio do Império e faça da mercancia **profissão habitual**’. (BRASIL, 1850)

Criticando a falta de técnica do legislador de 1850 **neste ponto**, o ilustre doutrinador J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, conforme citação de RUBENS REQUIÃO em sua obra, afirma que: “mercancia é a **arte de mercador**, o trato de mercadejar, a ciência e prática do comércio. **Incorreto** é o emprego dessa **palavra no art. 19** do regulamento nº 737, para significar, por si só, as operações, os atos dos comerciantes.”. (Ibidem. p. 77).

“mercancia” prevista no Regulamento n.º 737.

Desse modo, compulsando referido Regulamento, verifica-se que os “Atos de Comércio” nada mais eram que a descrição de atividades que, quando praticadas com habitualidade e profissionalismo, eram caracterizadas como ‘mercancia’⁷.

A mercancia, desta forma, constitui elemento essencial para a definição da figura do comerciante⁸.

Sobre a definição de comerciante, conforme lição do saudoso mestre RUBENS REQUIÃO, destaca-se a legislação francesa, a qual prevê no artigo 1º de seu Código de 1807 que “são comerciantes aqueles que exercem atos de comércio e deles fazem profissão habitual”.⁹

Desta forma, diante da definição acima posta, verifica-se que, para compreendermos a figura do comerciante, fazia-se necessário o prévio estudo do que vinham a ser os chamados “Atos de Comércio”.

Transportando esta noção de comerciante ao âmbito do direito falimentar, o legislador pátrio de 1945 (Decreto Lei n.º 7.661/1945 - Lei de Falências), destacava que o principal sujeito de direito abarcado pelas previsões ali encartadas, no tocante à decretação da falência, à impetração da concordata e aos crimes falimentares, seria o comerciante, assim definida na Lei Comercial.

7 Nas palavras de RUBENS REQUIÃO: “Impossível, portanto, fugir à enumeração dos atos de comércio. Daí o art. 19 do Regulamento n.º 737, de 1850: ‘Considera-se mercancia: § 1º a compra e venda ou troca de efeitos móveis ou semoventes, para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso; § 2º as operações de cambio, banco e corretagem; § 3º as empresas de fábricas, de comissões, de depósito, de expedição, consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públicos; § 4º os seguros, fretamentos, riscos, e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo; § 5º a armação e expedição de navios.” (Ibidem, p. 41)

8 Destaca-se o ensinamento de REQUIÃO: “O sistema do Código de 1850, como resulta desta exposição, é subjetivo, pois assenta na figura do comerciante, não evitando, porém, o tempero objetivo, enumeração legal dos atos de comércio, para esclarecer o que seja mercancia, elemento radical na conceituação do comerciante.” (Idem). Complementando tal ensinamento, TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE expõe que: “As formalidades legais prescritas para o exercício do comércio tendem a regulariza-lo ou a conceder direitos e prerrogativas ao comerciante. Haja ou não cumprido essas formalidades e não se modificará a sua qualidade, que deflui dos atos de mercancia, praticados habitualmente, por profissão.” (VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**. 4ª ed. rev. e atual. por SANTOS, J. A. Penalva e SANTOS, Paulo Penalva. Vol. 1. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2001. p. 15)

9 Op. cit. p. 75.

Neste sentido, o mestre TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE¹⁰ explicitava que a qualidade de comerciante não dependia de qualquer formalidade, a não ser, a prática habitual dos atos de comércio, assim definidos na legislação comercial, onde eram dispostos os direitos e obrigações concernentes à prática de tal atividade.

Entretanto, com as profundas alterações ocorridas em nossa legislação comercial, inclusive com a unificação do direito privado pátrio, a nova legislação falimentar, ora em vigor, elegeu que seus principais sujeitos de direito, os quais estariam protegidos por suas novas disposições, que, frisa-se, substituíram àquelas previstas no Decreto revogado, seriam os empresários e a sociedade empresária.

Totalmente coerente e lógica a modificação dos sujeitos de direito abarcados pela nova legislação falimentar, uma vez que a legislação comercial da época que foi instituído o Decreto Lei n.º 7.661/1945 (Código Comercial) possuía a figura do comerciante como o centro da atividade comercial, a qual restou substituída pela Lei n.º 10.406/2002 (Novo Código Civil) que alterou tal sujeito de direito, passando o estudo do direito comercial à figura da empresa e do empresário, **ambos** abarcados pela chamada "Teoria da Empresa".

Destarte, a fim de melhor analisarmos os institutos de recuperação **previstos** na nova legislação falimentar, necessária se faz a, prévia e indispensável, **análise** do que vem à ser a, acima mencionada, "Teoria da Empresa".

2.2 TEORIA DA EMPRESA

Conforme exposto acima, com a entrada em vigor do Novo Código Civil de **2002, foi** incorporada ao nosso ordenamento jurídico à chamada "Teoria da Empresa".

Sobre esta nova teoria incorporada ao nosso ordenamento jurídico, **destacamos**, inicialmente, o posicionamento do ilustre comercialista FÁBIO ULHÔA

10 Op. cit. p. 15.

COELHO, no sentido de que,

“a partir da introdução da teoria da empresa no direito positivo brasileiro, o Direito Comercial (empresarial, de empresa, dos negócios – é indiferente a denominação que se lhe dê) deixa de ser o ramo jurídico aplicável à exploração de certas atividades (as listadas como atos de comércio) e passa a ser o direito aplicável quando a atividade é explorada de uma determinada forma (qual seja, a forma empresarial).”¹¹

Nítida a comparação da Teoria de Empresa existente em nosso ordenamento jurídico àquela prevista no ordenamento italiano, ainda mais quando analisamos que, da mesma forma que neste ordenamento, o direito brasileiro não conceitua a empresa, mas sim o empresário.

Até mesmo por este motivo, que a conceituação da empresa, não foi, e continua não sendo, tarefa fácil aos nossos afamados juristas, sendo o pomo de discórdias e divergências, conforme já explicitou JOSE EUNÁPIO BORGES¹².

Porém, a fim de esclarecer e tornar um pouco menos tortuoso o estudo de tais institutos, podemos dividir a Teoria da Empresa, quanto à sua aplicabilidade, na forma de duas atividades, quais sejam: i-) as atividades econômicas empresariais e ii-) as atividades econômicas não empresariais¹³.

Desse modo, temos que a delimitação do campo do direito comercial, o qual anteriormente era delineado pela noção dos “atos de comércio”, hoje está delineado pela noção da “teoria da empresa”. Conclui-se, portanto, que o Direito

11 COELHO, **Comentários à Nova Lei ...**, p. 14. Neste mesmo sentido, pertinente a doutrina de LUIZ A. S. HENTZ, a qual é exposta no sentido de que: “A empresa, assim, entra para o direito positivo do país por força da necessidade de se estruturar a atividade econômica voltada à produção e à circulação de bens ou serviços, reconhecendo, efetivamente, o que a doutrina há muito preconiza como uma necessidade para a modernização do direito comercial. Na verdade, de alguma forma, a figura da empresa já se encontra enraizada entre nós, por inspiração da doutrina italiana.”. (HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de Empresa no Código Civil de 2002 : Teoria do Direito Comercial de acordo com a Lei n. 10.406, de 10.1.2002**. 2ª ed. São Paulo : Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 10)

12 *Apud* GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. **Recuperação Judicial de Empresas**. Belo Horizonte : Del Rey, 2001. p. 31.

13 Sobre as atividades econômicas classificadas como não empresariais destacamos o posicionamento de FÁBIO ULHOA COELHO que leciona: “São quatro as atividades econômicas não-empresariais, cujos exercentes não são empresários e não podem, por exemplo, pleitear o benefício da recuperação judicial, nem falir.” (COELHO, **Comentários à Nova Lei ...**, p. 14)

Comercial de antes, seria hoje, o Direito das Empresas¹⁴, sendo inafastável, por tal motivo, a explicitação dos conceitos de “empresa” e de “empresário”.

É o que veremos a seguir:

2.2.1 – Conceito de Empresa

Sobre este ponto, cumpre-nos destacar a lição de CAVALLI, o qual expôs, com toda propriedade, que no início do estudo da “Teoria da Empresa”, nossos doutrinadores visualizavam o instituto da “Empresa” como inserida no conceito de um dos atos de comércio, entretanto, tal entendimento com a evolução do estudo e com o passar do tempo acabou sendo modificado.¹⁵

De tal sorte, pela da evolução das relações comerciais praticadas no país, cujos fatores envolvidos extrapolavam a esfera do conceito de “praticar mercancia”, os quais eram taxativos de acordo com a temática prevista no Código Comercial de 1850, para uma noção muito mais generalizada e complexa, cujo cerne seria a organização em forma de empresa visando à produção de bens e serviços e sua circulação, temos que a delimitação da atuação do direito comercial passou da noção dos “atos” tidos como “de comércio” para a noção da “organização em forma de empresa” voltada à “produção e circulação de bens”.¹⁶

14 Com tal entendimento, destacamos a posição de EVARISTO DE MORAES, o qual leciona que: “coube a Lorenzo Mossa, verdadeiro romântico do conceito de empresa, campeão do seu conceito institucional na Itália, defender a tese de que o direito comercial é o direito das empresas, esgotando-se sua *tratação* [sic] no regulá-las, atingindo, por aí, os atos de comércio. O direito comercial, para ele, é o direito da economia organizada, encontrando seu apogeu na expansão da grande empresa capitalista. A existência da empresa, como seu objeto, constitui o principal argumento a favor da sua própria autonomia, em confronto com o direito comum: ‘A empresa, no momento capitalista mais agudo, e agora na passagem para um sistema mais justo, assumiu o motivo próprio da atividade econômica. As pessoas perdem importância, diante das organizações de bens e forças vivas por ela criadas. Duram no tempo, aperfeiçoam a iniciativa humana, a perpetuam e renovam no mudar continuo das pessoas (...). A empresa, como organização e como unidade, é o núcleo não só da forma social mas também da atividade pessoal (...). A empresa é a pessoa econômica que o direito comercial regula na sua vida, as uniões de empresas assumem caracteres próprios, e não se assimilam às simples associações de pessoas’”. (*Apud* LOBO, Jorge. A empresa: novo instituto jurídico. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova Série.** São Paulo, Ano XLI, r. 125, p. 32, jan./mar. 2002

15 CAVALLI, Cassio Machado. O direito da empresa no novo código civil. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova Série.** São Paulo, Ano XLII, n. 131, p. 160, jul./dez. 2003

16 Neste sentido, pronunciou-se CÁSSIO MACHADO CAVALLI: “Do cotejo da teoria dos atos de comércio e com a teoria da empresa extrai-se a seguinte conclusão preliminar: (a) enquanto dominante a teoria dos atos

Assim, surgiu a necessidade, com o advento do novo Diploma Civil (Código Civil de 2002), de conceituarmos o instituto da empresa.

Entretanto a conceituação de empresa é tarefa árdua, como já mencionado anteriormente, diante da inexistência de um conceito legal de “empresa” positivado em nosso ordenamento jurídico, mas, tão somente, de “empresário”, em manifesta analogia às disposições previstas no ordenamento jurídico italiano.¹⁷

Ocorre que, pelo desenvolvimento que tal ente (empresa) obteve nos últimos anos no ordenamento jurídico nacional, nossos doutrinadores trataram de buscar conceitos e definições, tratando de referido instituto, sempre, com grande acuidade.

O respeitado jurista FERNANDO NETTO BOITEAUX, apresenta sua definição de empresa, partindo da noção do conceito de empresário existente em nossa legislação, no sentido de que “a palavra ‘empresa’ na realidade econômica, tanto quanto na ordem jurídica, significa a organização do empresário para o exercício de sua atividade. Para usar de um conceito econômico, também utilizado pelo Direito, a empresa é a organização (conjunto organizado) dos fatores de produção”.¹⁸

de comércio, criticava-se a sua insuficiência para delimitar o campo de aplicação do direito comercial, tendo em vista que ele abarcava situações que excediam a noção econômica de comércio. Havia uma visível dificuldade em dizer-se o que efetivamente era comércio para o direito e quem era comerciante; mas (b) com a adoção da teoria da empresa, inverteu-se a situação. É que se pôs em destaque a noção de exercício de atividade econômica organizada tendente à produção ou circulação de bens ou serviços. Assim, a dificuldade consiste no fato de que a noção econômica de empresa excede, em muito, a noção jurídica de empresa, tendo em vista que certas atividades econômicas organizadas não são consideradas empresas pelo direito”. (Ibidem, p. 161-162)

17 Neste particular, pertinente a lição de FÁBIO ULHÔA COELHO, que explicita que: “O legislador brasileiro, a exemplo do italiano que o inspirou em muitos aspectos, não define empresa, mas sim empresário. Segundo o art. 966, caput, do CC: ‘Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços’.

É possível extrair, deste conceito legal de empresário, o de empresa. Se empresário é definido como o profissional exercente de ‘atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços’, a empresa somente pode ser a atividade com estas características. Destacam-se da noção de empresa as noções de atividade econômica organizada e produção ou circulação de bens ou serviços.” (COELHO, *Comentários à Nova Lei ...*, p. 10)

18 Explicita o jurista: “A palavra ‘empresa’ na realidade econômica, tanto quanto na ordem jurídica, significa a organização do empresário para o exercício de sua atividade. Para usar de um conceito econômico, também utilizado pelo Direito, a empresa é a organização (conjunto organizado) dos fatores de produção”. (BOITEUX, Fernando Netto. A função social da empresa e o novo código civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova Série. São Paulo*, Ano XLI, n. 125, p. 48, jan./mar. 2002)

Todavia, o conceito formulado por FÁBIO ULHÔA COELHO parece esclarecer-nos, de certa forma, este sombrio e obscuro instituto que é a empresa, explicitando que “conceitua-se a empresa como sendo atividade, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia).”¹⁹

Assim, ainda na idéia propalada por COELHO, tem-se que a empresa é a atividade organizada e articulada pelo empresário, agregando-se os quatro fatores de produção, quais sejam: o capital, a mão-de-obra, os insumos e a tecnologia, ocasião que, se inexistir quaisquer destes fatores, a atividade desenvolvida jamais poderá ser considerada como empresária.²⁰

Porém, impossível deixarmos de mencionar o conceito de empresa formulado pelo jurista italiano ALBERTO ASQUINI²¹, o qual é reconhecido por estudiosos brasileiros, como base para qualquer estudo envolvendo o instituto da empresa. Assim leciona ASQUINI:

“O conceito de empresa é o conceito de um fenômeno econômico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram. As definições jurídicas de empresa podem, portanto, ser diversas, segundo o diferente perfil, pelo qual o fenômeno econômico é encarado.”

Pelos conceitos delineados acima, encontramos como ponto em comum que a noção de empresa envolve, necessariamente, a idéia de exploração de atividade econômica de produção ou circulação de bens e serviços.²²

Assim, destacamos que a atividade, nada mais é que o conjunto de atos que organiza os fatores da produção, para produzir ou fazer circular bens ou serviço e os quais são destinados a uma finalidade comum. Ou seja, para caracterizar

19 COELHO, **Comentários à Nova Lei ...**, p. 1-2.

20 Ibidem, p. 8.

21 ASQUINI, Alberto *Apud* COELHO, **Comentários à Nova Lei ...**, p.2.

22 Neste sentido, interessante a leitura de COELHO, **Comentários à Nova Lei ...** p. 6.

empresa, não basta um ato isolado, sendo necessário uma seqüência de atos dirigidos a uma mesma finalidade.

Frisa-se, neste ponto que a atividade exercida deve dirigida ao mercado de consumo, isto é, destinada à satisfação de necessidades alheias, sob pena de não configurar empresa.

Tal diferenciação é essencial a fim de configurar um conjunto de atividades como empresarias ou não. Não será empresa a atividade daquele que “exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores”²³

Ainda neste tocante, LUIZ HENTZ, com propriedade e clareza, expõe que:

“A empresa ocupa, juridicamente, espaço preponderante na atividade econômica. Forma um corpo atuante, superior à força de trabalho humano unitário, e povoa o cenário negocial em absoluta supremacia em relação ao homem. Apesar disso, a pessoa jurídica não tem existência real, é, meramente, uma ficção do legislador – uma deferência do Estado, sujeitando-se, por isso mesmo, à hipótese de ser desconsiderada quando convier aos propósitos de punição por injusto proceder.”²⁴

Frisa-se que, por outro lado, pela empresa ser a atividade, esta se mostra interligada com os diversos fatores de produção (como atividade econômica que é) constituindo um corpo atuante que interage com a economia nacional de forma que constitui hoje o grande centro de desenvolvimento das micro ou macro-regiões onde está instalada, empregando a população local, gerando riquezas ao estado com a arrecadação de tributos, ou seja, exercendo uma de suas primordiais funções, qual seja, sua ‘função social’.

Neste diapasão, tem-se que a empresa, no aspecto de instituição social²⁵

23 Parágrafo único do artigo 966 do Novo Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10.01.2002).

24 HENTZ, p. 4

25 Sobre o aspecto da Instituição Social denominada empresa, destacamos os ensinamentos do ilustre jurista FÁBIO KONDER COMPARATO que, com a sabedoria que lhe é peculiar, explicita que:

“Se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva como elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa.

É dela que depende, diretamente, a subsistência da maior parte da população ativa deste país. ~~pela~~ organização do trabalho assalariado.

que é, e diante do panorama atual com a escassez de postos de trabalho, retração econômica e colapso político no país, deve ser preservada sempre que possível.

Sábias as palavras de FÁBIO KONDER COMPARATO, com as quais define a importância da empresa, independentemente de sua conceituação, uma vez que se apresenta como um elemento definidor da civilização contemporânea, ante seu constante dinamismo, influencia e poder de transformação. 26

Ainda, sobre este aspecto, destacamos a chamada “função social da empresa”, a qual, com as alterações advindas com a Nova Lei de Falências, ganhou destaque e notada relevância.

Intimamente ligada com a função social da propriedade, prevista no artigo 5º, XXII, da Constituição Federal de 1988, e, ainda, no artigo 182, § 2º e 186 também da Constituição Federal, temos como função social da empresa sua inserção na vida de toda a sociedade que a si possui dependência, sendo esta direta ou indireta.

Assim, função social da empresa nada mais é que a capacidade de referida entidade apresentar-se como geradora de riquezas (renda e tributos), empregos e harmonização social.

Destarte, a empresa, enquanto cumpridora de sua função social, deve ser pensada com sobriedade e cuidado, ante os consideráveis e graves impactos que sua derrocada pode causar a toda uma sociedade a si inter-relacionada e dependente.

Ainda sobre este tema, com maestria, o ilustre jurista COMPARATO²⁷ definiu

É das empresas que provém a grande maioria dos bens e serviços consumidos pelo povo, e é delas que o estado retira a parcela maior de suas receitas fiscais.

É em torno da empresa, ademais, que gravitam vários agentes econômicos não assalariados, com os investidores de capital, os fornecedores, os prestadores de serviços.” (COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova Série. São Paulo, Ano XXII, n. 50, p. 57, abr./jun. 1983.)

26 Imprescindível a leitura da obra escrita por Fábio Konder Comparato *in*. **A reforma da empresa**. São Paulo: Saraiva, 1990.

27 *Apud* GUIMARÃES, p. 35.

“função” como sendo

“um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que esse objetivo correspondente ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do *dominus*; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica”.

2.2.2 Conceito de Empresário

Passada a questão da conceituação da empresa, tem-se que o empresário é o sujeito de direito com personalidade jurídica, podendo ser pessoa física na condição de empresário individual ou pessoa jurídica na condição de sociedade empresária.

Conforme já explanado anteriormente, o Novo Código Civil brasileiro define empresário em seu artigo 966, no sentido de que “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

Assim, destaca-se da definição legal de empresário, acima transcrita, as noções de profissionalismo, organização da atividade econômica, produção ou circulação de bens ou de serviços.

Sobre este aspecto, LUIZ HENTZ explicita seu pensamento do sentido de que a atividade desenvolvida pelo empresário destaca-se pelo fato de ser profissional, ou seja, com caráter de continuidade.²⁸

O jurista CÁSSIO MACHADO CAVALLI, com muita clareza e objetividade, distingue a noção de empresário da noção de empresa, expondo que:

“Atividade empresarial consiste na prática de um conjunto de atos, e o sujeito dessa atividade será aquele ao qual são imputados os ‘atos singulares que a formam’. Empresário é o sujeito ao qual são imputados os atos que, em conjunto, constituem

28 HENTZ, p. 26. Neste mesmo sentido: COELHO. **Comentários à Nova Lei ...**, p. 6.

atividade própria de empresário.”²⁹

De tal sorte, por todo o acima mencionado, temos que, quanto à alteração ocorrida em nosso direito privado no tocante à substituição da teoria do direito comercial brasileiro denominada como “Teoria dos Atos de Comércio” pela atual “Teoria da Empresa” a qual também influenciou sobremaneira nosso legislador falimentar.

29 CAVALLI, p. 167.

3. O INSTITUTO DA CONCORDATA PREVISTO NO DECRETO LEI 7.661/1945 COMO MEIO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

3.1 HISTÓRICO DO INSTITUTO

Remontam a Roma Antiga³⁰ os princípios que deram origem ao instituto da Concordata.

Referido instituto teve origem no Brasil no século XIX, por meio da edição do Código Comercial brasileiro e do Decreto n.º 917 de 1890. O primeiro instituiu a denominada concordata suspensiva, já o segundo, a concordata na modalidade preventiva, enquanto cessão de bens.

Destaca-se, no tocante a este ponto, que o Código Comercial de 1850³¹ disciplinava, por meio do artigo 842³², a concordata suspensiva, admitindo, inclusive, em seus artigos 898 e 900³³, uma espécie de “moratória judicial”³⁴, a qual seria

30 Na Roma antiga, destaca-se a situação de quando os herdeiros, necessários ou voluntários, do de cujus possuíam responsabilidade pessoal na sucessão *causa mortis*, necessitavam em determinados casos, negociar com os credores do falecido uma dilação para o pagamento das dívidas, cujo “acordo”, se pode ser assim chamado, era levado à homologação judicial. Porém a concordata na forma que conhecemos nos dias atuais, evidentemente não existia, conforme explicita JOSÉ DA SILVA PACHECO: “Na verdade, porém, não havia no direito antigo a concordata, como a conhecemos hoje”. (PACHECO, José da Silva. **Processo de Falência e Concordata: Comentários à Lei de Falências: doutrina, prática e jurisprudência**. Rio de Janeiro : Forense, 2001. p. 582)

31 Sobre o insucesso de referido *Codex* assim expôs PAULO PENALVA SANTOS: “Inicialmente, o Código Comercial de 1850 instituiu um processo falimentar lento e complicado, que importava sempre na ruína do devedor e no sacrifício dos credores.” E prosseguiu dizendo que: “Isso se deveu a vários fatores, mas principalmente pela excessiva importância dada aos interesses dos credores.” (SANTOS, Paulo Penalva. O novo projeto de recuperação da empresa. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova Série. São Paulo, Ano XXXIX, n. 117, p. 127, jan./mar. 2000)

32 Código Comercial de 1850 – “Art. 842 - Ultimada a instrução do processo da quebra, o Juiz comissário, dentro de oito dias, fará chamar os credores do falido para em dia e hora certa, e na sua presença se reunirem, a fim de se verificarem os créditos, se deliberar sobre a concordata, quando o falido a proponha, ou se formar o contrato de união, e se proceder à nomeação de administradores.” (BRASIL, 1850)

33 Código Comercial de 1850 – “Art. 898 - Só pode obter moratória o comerciante que provar, que a sua impossibilidade de satisfazer de pronto as obrigações contraídas procede de acidentes extraordinários imprevistos, ou de força maior (art. 799), e que ao mesmo tempo verificar por um balanço exato e documentado, que tem fundos bastantes para pagar integralmente a todos os seus credores, mediante alguma espera.” (BRASIL, 1850)

Código Comercial de 1850 – “Art. 900 - Reunidos os credores no dia assinado, que não será nem menos de dez nem mais de vinte do em que a ordem do Tribunal tiver sido apresentada ao Juiz, e lida a

deferida ou não, pelo, então instituído, Tribunal do Comércio.

Sobre a “moratória judicial”, merece atenção, o posicionamento firmado por Requião, explicitando que a moratória concedida pelo Tribunal somente seria possível com a concordância da maioria dos credores em número e que representassem, proporcionalmente, no mínimo dois terços das dívidas existentes para com os credores sujeitos aos seus efeitos, sendo estes sentidos durante três anos³⁵.

Nítida, pelo acima explicitado, a semelhança existente entre este sistema e o da concordata preventiva conhecido por nós atualmente, como a exceção no tocante à necessidade de aprovação do pedido pelos credores sujeitos aos seus efeitos.

Entretanto, o instituto da concordata preventiva, concebida em forma análoga e muito mais próxima à que conhecemos atualmente, somente restou inserido em nosso ordenamento jurídico com a edição do Decreto republicano n.º 917/1890³⁶.

Com a edição da lei n.º 2.024 de 1908, referido instituto foi integralmente revogado e substituído, uma vez que a nova legislação passou a regulamentar às

informação dos credores sindicantes, que lha deverão remeter com antecipação, serão os mesmos credores e o impetrante ouvidos verbalmente por si ou seus procuradores: e reduzidas a termo a contestação e a resposta, tudo em ato sucessivo, o Juiz devolverá todos os papéis com o seu parecer ao Tribunal.

O Tribunal, ouvido o Fiscal, concederá ou negará a moratória como julgar acertado; podendo, antes da decisão final, mandar proceder a qualquer exame ou diligência que entender necessária para mais cabal conhecimento do verdadeiro estado do negócio; sendo necessário para a concessão que nela convenha a maioria dos credores em número, e que ao mesmo tempo represente dois terços da totalidade das dívidas dos credores sujeitos aos efeitos da moratória.” (BRASIL, 1850)

34 A qual poderia, ser entendida como uma espécie de concordata preventiva, basicamente por seu caráter de parcelamento e dilação no prazo para pagamento das obrigações assumidas.

35 REQUIÃO, p. 7.

36 Neste sentido, lecionou TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE: “O Dec. Republicano nº 917, de 24 de outubro de 1890, da lavra do eminente jurista Carlos de Carvalho, modificou totalmente a estrutura da legislação até então vigente, marcando a segunda fase da evolução do instituto da falência. (...) Instituiu, como meios preventivos da declaração da falência, a moratória, a cessão de bens, o acordo extrajudicial e a concordata preventiva. (VALVERDE, p. 09). Porém sobre o insucesso de referido Decreto republicano, destacou o mestre PAULO PENALVA SANTOS: “Note-se que a supremacia do interesse dos credores foi certamente uma das causas do insucesso do Decreto 917, de 1890, denominada Lei Carlos de Carvalho.” (SANTOS, p. 127)

concordatas suspensiva e preventiva e à falência, sendo, posteriormente, modificada pela edição do Decreto n.º 5.746, de 1929.³⁷

Todavia, apesar de todas as alterações ocorridas nos, então considerados, “institutos de recuperação dos comerciantes”, estes não proporcionavam ao devedor em estado de dificuldade financeira, sua efetiva recuperação, razão pela qual, nova e urgente reforma legislativa fazia-se por necessária.³⁸

Um dos pontos que corroboraram para a ineficiência dos institutos de recuperação até então existentes, deveu-se ao fato de que aos credores era concedido amplo poder de ingerência e interferência no destino dos negócios do devedor, cabendo àqueles a deliberação sobre o deferimento ou não da concordata impetrada pelo devedor em crise.

Este aspecto, de ampla interferência dos credores quanto à recuperação do comerciante merece ser destacado, sendo válida e esclarecedora a lição passada por TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, no seguinte sentido:

“O que se destaca nas várias fases da história de nosso direito falimentar, desde o Código Comercial, até o advento do DL n.º 7.661/45, é que sempre constituiu coluna mestra na nossa legislação que a validade da concordata e das formas de liquidação na falência dependiam da aprovação por maioria absoluta dos credores. No caso da concordata a influência dos credores era tão acentuada, que ao Juiz reservava-se apenas a homologação do acordo com o devedor. Da leitura da Exposição de Motivos do DL n.º 7.661/45 nota-se que a concordata, formada pela maioria de votos dos credores não surtia os efeitos desejados, porque nessas deliberações prevalecia o interesse pessoal do credor, o que afinal deturpava o próprio sentido social da deliberação. A experiência mostrou-se nitidamente que a tendência natural do credor é a de diminuir os efeitos econômicos do seu prejuízo, de sofrer o menor mal possível.”

Um exemplo de impossibilidade de recuperação do comerciante pela necessidade de aprovação do pedido de concordata pela maioria dos credores

37 Sobre estas alterações legislativas que tiveram sob enfoque principal a figura da concordata, destacamos a explicação dada por RUBENS SANT'ANNA: “O Decreto n.º 917, de 1890, institui a concordata preventiva, conjuntamente regulamentando a moratória, a cessão de bens e a liquidação judicial. Posteriormente, a Lei 2.024, de 1908, regulamentou, com maior amplitude, a concordata preventiva e suspensiva. O Decreto 5.746, de 1929, manteve ambos institutos.” (SANT'ANNA, Rubens. **Falências e Concordatas**. 5.ª Ed. Rio de Janeiro : Editora AIDE, 1985. p. 132)

38 Pertinente e elucidativa a exposição de TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE (VALVERDE, p. 28)

sujeitos aos seus efeitos, em número e que representassem a maior parte dos débitos do devedor em crise, foi o Visconde de Mauá, conforme exemplificação de OTÁVIO MENDES³⁹, que explicitou que o Visconde foi levado à falência por infelicidades comerciais e, principalmente, pela necessidade da aprovação expressa de todos credores para o deferimento de seu pedido de concordata, não obtendo tal benefício, tendo em vista possuir mais de 3.000 credores espalhados pelas provinciais e até no estrangeiro, não lhe sendo possível reuni-los ou obter-lhes, expressamente, suas concordâncias com o pedido, dado, principalmente pelas dificuldades de comunicação na época.

Diante da situação acima colocada, fazia-se necessária uma ampla reformulação no direito falimentar brasileiro.

Destarte, visando tal modificação, foi convocado para elaborar o anteprojeto de lei, o ilustre doutrinador TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, o qual, após realizar um aprofundado estudo jurídico e prático sobre a matéria, apresentou o novo modelo de legislação falimentar ao Ministro FRANCISCO CAMPOS em 1939, com a inserção, em referido ordenamento, do instituto da Concordata como modelo de recuperação dos comerciantes em dificuldades, o qual possuía natureza jurídica diversa da prevista nos ordenamentos anteriores (uma vez que já havia sido alterada pelo Decreto n.º 917 de 1890), transferindo a responsabilidade no deferimento do pedido de concordata formulado pelo devedor das mãos dos credores (necessidade de aprovação pela Assembléia de Credores) para, única e exclusivamente, do próprio devedor, o qual, uma vez tendo cumprido as exigências previstas na legislação, teria deferido em seu favor a moratória, sujeitando seus credores a tal procedimento, automaticamente, sem a possibilidade de insurgirem contra o mesmo⁴⁰.

39 Conforme exemplificação exposta por OTÁVIO MENDES (*Apud* GUIMARÃES, p. 54)

40 Sobre tal incumbência, manifestou-se TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE: "Em 1939, o Dr. Francisco Campos, então Ministro da Justiça, deu-nos a tarefa de lhe apresentar um anteprojeto de lei de falências. No mesmo ano, entregávamos o trabalho, que foi publicado no Diário Oficial, de 26 de janeiro de 1940, para receber sugestões. Havíamos consolidado no anteprojeto idéias amadurecidas no estudo do instituto e no trato diuturno

Tal projeto de Lei foi aprovado pelo Congresso Nacional, materializando-se em nosso ordenamento jurídico por meio do Decreto Lei n.º 7.661/1945 ⁴¹, o qual manteve o instituto da concordata na forma prevista no Decreto n.º 917 de 1890.

De tal sorte, temos que a concordata foi instituída com o escopo de salvar o comerciante honesto e gerador de emprego e renda, que por certo lapso temporal, apresentasse impossibilidade de cumprir com as obrigações pecuniárias assumidas para com seus credores.

Mais uma vez, com pertinência e sabedoria, o saudoso jurista REQUIÃO, apresenta-nos a concordata como sendo uma pretensão jurídica que o comerciante se utiliza objetivando uma dilação de prazo para o pagamento dos credores, visando uma reorganização e uma reestruturação econômica e financeira da empresa a fim de suspender ou evitar sua falência⁴².

Importante mencionar, ainda, que a concordata não se trata de um acordo firmado entre o devedor comerciante e seus credores, mas sim, trata-se de uma demanda, um remédio legal e jurídico, um favor legal⁴³ concedido ao comerciante honesto e de boa-fé, em virtude dos riscos que envolvem a atividade mercantil.

Neste particular, importante a lição do mestre PONTES DE MIRANDA:

“A concordata como concepção do direito brasileiro, provém de *limitação legal* aos direitos dos credores. Mediante as regras jurídicas que criaram o direito, a pretensão e a ação de concordata, a esfera jurídica dos credores sofre a alteração nos créditos quirografários,

da matéria. Sem substituir os princípios gerais, que, desde o dec. 917, de 1890, dirigem o sistema falimentar brasileiro, rompíamos, entretanto, em pontos importantes, com a tradição acentuando o caráter processual do instituto, estendendo-o à concordata, preventiva ou suspensiva da falência. A colaboração recebida foi abundante e eficiente.” (VALVERDE, p. 11)

41 Sobre tal Diploma Legal, destacamos o posicionamento de RUBENS APPROBATO MACHADO, que explicita: “Essa norma deu relevo aos institutos da **falência**, com a previsão da continuação do negócio por parte do falido, e da **concordata** (preventiva e suspensiva), como um favor legal ao comerciante, desde que obedecidos os requisitos fixados no citado decreto-lei.” (MACHADO, Rubens Approbato (coord.). **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo : Quartier Latin, 2005. p. 22)

42 REQUIÃO, p. 01.

43 Definiu PAULO PENALVA SANTOS: “... e, sendo a concordata um mero favor legal, onde o interesse dos credores e o social são irrelevantes.” (SANTOS, p. 127)

que resulta do exercício bem sucedido da pretensão à concordata.”⁴⁴

Destaca-se que em referido procedimento de recuperação os únicos credores envolvidos eram àqueles classificados como quirografários, ou seja, àqueles cujos créditos não gozavam de qualquer privilégio ou garantia, possuindo em suas mãos apenas títulos sacados contra o devedor em dificuldades.

Consistia, tal “meio de recuperação” em uma verdadeira “moratória legal”, ou seja, uma vez deferido o processamento da concordata nos moldes previstos nos artigos 156 e 177 do Decreto-Lei n.º 7.661/1945, os credores classificados como quirografários, deveriam, em virtude da disposição legal expressa nos artigos 147 e 177, parágrafo único da mesma legislação, submeter-se a tal procedimento, perdendo o direito de executar seus créditos individualmente perante o devedor, enquanto durasse referido parcelamento⁴⁵.

Pelo mesmo Decreto-Lei foram previstas duas modalidades de concordata, sendo a primeira, prevista antes do decreto de quebra do comerciante legitimado em postulá-la, classificada como “Preventiva” – artigo 156 e seguintes - e, a outra, prevista posteriormente ao decreto de quebra, ou seja, durante o trâmite do procedimento falimentar do devedor, denominada “Suspensiva” – artigo 177.⁴⁶

Assim, a concordata é a demanda na qual o devedor procura impor aos credores quirografários a moratória judicial, visto que os efeitos oriundos do processamento regular atingem apenas o passivo quirografário e não impedem aos credores privilegiados o exercício de seus direitos de ação contra o devedor insolvente. É denominada concordata preventiva ou suspensiva, “conforme for pedida em juízo antes ou depois da declaração da falência”⁴⁷

44 MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Tomo XXX – Direito das obrigações: Concordatas. Crimes Falenciais. Liquidações administrativas voluntárias e coativas.** 3ª ed. Reimp. Rio de Janeiro : Editora Borsoi, 1971. p. 19-20.

45 Verifica-se que no caso de Concordata Preventiva, o prazo máximo para a dilação dos pagamentos das dívidas para com os credores quirografários era de 02 (dois) anos, enquanto que, no caso da Concordata Suspensiva tal prazo, após seu deferimento, era de apenas 30 (trinta) dias.

46 Conforme previa o artigo 139 do Decreto Lei n.º 7.661/1945.

47 Decreto-Lei 7661/45 Lei de Falências, art. 139.

Sobre tais modalidades, com clareza e objetividade, PACHECO nos ensina que a classificação de uma como suspensiva e outra como preventiva, possui como marco a decretação da falência. Se pedida antes da decretação da falência, a concordata será na modalidade preventiva, ao contrário, se pedida posteriormente ao decreto de quebra, será na modalidade suspensiva.⁴⁸

Quanto às modalidades que referidos institutos podiam assumir, pertinente a lição expressada por REQUIÃO, o que manifestava que qualquer dos tipos de concordata previstos, seja a preventiva seja a suspensiva, poderiam assumir diferentes modalidades, quais sejam, de concordata moratória ou dilatória, remissória e mista (concordata dilatório-remissória).⁴⁹

Por fim, conclui-se que o instituto da concordata apresentava-se no ordenamento jurídico pátrio como um pilar do direito falimentar, mais suave que a falência, mas com o escopo de proteger o crédito do devedor comerciante e a recuperação imediata da solvabilidade e da capacidade econômico-financeira que se encontrava deficiente, temporariamente.

Aludido instituto de recuperação, possuía como seu principal objetivo, a retomada da saúde financeira do devedor comerciante, a fim de que suas atividades não fossem paralisadas, bem como, que suas obrigações para com os credores quirografários fossem adimplidas, seja através da prevenção do decreto de quebra (modalidade preventiva), seja com a suspensão do processo de falência (modalidade suspensiva).

3.2 DA NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO DA CONCORDATA

48 PACHECO, p. 584.

49 E, ainda, explica que: "A concordata simplesmente moratória ou dilatória visa a prorrogação de prazo para pagamento dos credores; a concordata remissória visa à remissão parcial do quantum dos créditos, isto é, pretende um abatimento no valor das dívidas do empresário comercial com pagamento a vista; e a concordata mista ou dilatório-remissória, que conjuga aqueles dois efeitos, isto é, a dilação do prazo e o abatimento do valor das dívidas." (REQUIÃO. p. 4-5). Neste sentido importante a leitura de Fábio Ulhôa Coelho *in* **Curso de Direito Comercial – De acordo com o novo código civil e alterações da LSA– Volume 3**. 3ª ed. atual. São Paulo : Saraiva, 2002. p. 361.

Quanto à natureza jurídica do instituto da concordata, convém, primeiramente enunciarmos as teorias criadas para explicitar e desvendar, justamente este questionamento.

Assim, as teorias criadas pelos doutrinadores foram divididas da seguinte forma, qual seja: Teoria Contratual, Teoria Processual e Teoria da Obrigação Legal.⁵⁰

Importante, descrevermos, com brevidade, as principais características de cada uma destas teorias.

Segundo a Teoria Contratual, a concordata nada mais era que um contrato o qual era firmado entre o devedor e seus credores. Referida teoria foi muito aproveitada quando, pelo sistema do Código Comercial de 1850, a concordata somente teria efeitos após a aceitação do pedido formulado pelo devedor por seus credores. Desta forma, vislumbrava-se que, sem a aceitação dos credores, como num contrato, puro e simples e onde a vontade de contratar deve ser clara e transparente, a concordata não poderia ser deferida.

Já segundo a Teoria Processual, pela concordata exigir a prolação de decisão judicial sobre o pedido, alguns juristas classificaram-na como processual, considerando-a, principalmente, como “decisão judiciária” ou como “contrato processual.”

Neste sentido, destacamos a explicação apresentada por REQUIÃO, no sentido de que “o fato de ser a concordata sujeita à direção e homologação da autoridade judiciária sugeriu a vários juristas a idéia de considerá-la um instituto eminentemente processual, constituindo para uns uma *decisão judicial* e para outros um *contrato processual*.”⁵¹

Por fim, tem-se a chamada Teoria da Obrigação Legal, a qual previa que a

50 Conforme exposição de REQUIÃO (REQUIÃO, , p. 9)

51 Ibidem, p. 10.

concordata não mais era que um mandamento legal, o qual deveria ser cumprido pelos credores do devedor favorecido com tal remédio, tendo em vista a expressão menção legal neste sentido. Destarte, conforme esta teoria, a concordata não se tratava de um contrato celebrado entre o devedor e seus credores, mas, tão somente, uma submissão destes à locução legal, que garantia ao devedor, quando cumpridos todos os requisitos exigidos pela Lei, a possibilidade de usufruir desta moratória, sobre a qual não poderia insurgir qualquer credor sujeito aos seus efeitos. Assim, segundo esta teoria, o Juiz apenas cumpriria o disposto na Lei, reservando sua atuação, tão somente, à concessão do benefício ali previsto.

Diante da explicitação acima colocada, temos que no sistema previsto no Decreto-Lei n.º 7.661/45, a natureza jurídica do instituto da concordata era vista com base na teoria da *concordata sentença*⁵², a qual era abarcada pelas “Teorias Processualistas”, distinguindo-se das demais teorias clássicas, como as “Teorias Contratualistas” e a “Teoria da Obrigação Legal”

Neste sentido, destacamos o posicionamento de ARMANDO J. NETTO, quando afirma que,

"Hoje, o instituto jurídico da concordata despiu-se da natureza contratual e revestiu-se de uma estrutura organicamente processual; a 'concordata contrato' substituiu-se, entre nós, desde 1945, pela 'concordata sentença', aquela, necessitando do assentimento dos

52 Neste sentido, o saudoso Professor RUBENS REQUIÃO expôs, mais uma vez com a sabedoria que lhe era peculiar: “A concordata é, assim, uma demanda judicial que surge com a proposta do concordatário. O juiz, explica Rocco, antes de pôr fim à ação concursal, mediante o pagamento ou segurança de uma parte dos créditos e remissão de outra parte, deve examinar do modo mais amplo e com o mais livre juízo, independentemente da vontade da maioria, se é justificada a pretensão. Se responde ao escopo de utilidade de uma tal sentença, segundo o resultado desse exame, deve rechaçar a demanda do devedor comum, ainda que contra a vontade da maioria dos credores. Não é, por isso, a maioria dos credores aquela que constrange a minoria à conclusão de um contrato, mas a autoridade do Estado que, sob a força do direito, decide sobre a modalidade da ação de todos os credores. A obrigação da minoria reside, não na vontade da maioria, mas no poder que tem o juiz, segundo a Constituição (ob. cit., nº 59). A maioria, enfim, é obrigada não por uma vontade de contratar a ela imposta, ou dela extorquida, nem por uma vontade fictícia: todos os credores são sujeitos a um pronunciamento do juiz.” (Ibidem, p. 11). Corroborando tal entendimento, pronunciou-se PAULO SALVADOR FRONTINI: “A par da redação primorosa, e de meticulosa preocupação com a repercussão da falência sobre todas as relações jurídico-econômicas do devedor, teve a Lei de Falências [Dec. Lei 7.661/45] o mérito de inovar meritoriamente no tema da concordata, fugindo ao velho esquema da concordata-contrato para implementar o sistema da concordata-sentença.” (FRONTINI, Paulo Salvador. Reflexões sobre a reforma da lei de falências. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova Série*. São Paulo, Ano XVII, n. 31, p. 43, 1978.)

credores, e esta, prescindindo-se de tal consentimento." ⁵³

Conclui-se, outrossim, que a natureza jurídica da concordata é de um favor legal⁵⁴ e não de um contrato entre devedor e seus credores, que se concedida e homologada pelo juiz competente, vincula as partes nela relacionadas. Portanto, tem natureza jurídica processual, até mesmo porque, no Brasil, a participação dos credores era ínfima, para não se dizer, inexistente.

Neste mesmo sentido importante o ensinamento de Trajano de Miranda Valverde, o qual expõe que a teoria contratual sucumbe por "abstrair da sua concepção o complexo dos atos que formam o processo, fora do qual a concordata, no sentido técnico-jurídico, não existe." ⁵⁵

Ora a concordata não é um contrato ou acordo entre credores e devedor, mas um favor legal, um direito do devedor comerciante que demanda em juízo com o fim de evitar a declaração de sua falência, possuindo, portanto, natureza judicial.

Importante destacar, contudo, que apesar do entendimento doutrinário contemporâneo ter se firmado no sentido acima demonstrado, a questão da natureza jurídica da concordata sempre suscitou controvérsia, principalmente entre nossos mais afamados doutrinadores.⁵⁶

No entanto, o que se discute atualmente é a questão de se a natureza jurídica dos "novos" institutos de Recuperação de Empresas, insertos em nosso ordenamento jurídico através da Lei n.º 11.101/2005, manteve-se igual à da

⁵³ NETTO, Armando J. Desistência da Concordata Preventiva. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, Ano 49, n. 300, p.301, out. 1960

⁵⁴ Neste sentido doutrina RUBENS REQUIÃO: "... as concordatas constituem um favor legal, não podendo, em face de nosso atual sistema, ser consideradas um acordo ou contrato firmado entre o devedor e seus credores. A Lei de Falências rompeu o sistema contratualista tradicional, para instituir a concordata como um benefício concedido pelo Estado, outorgado por sentença do juiz." (REQUIÃO, p. 121.)

⁵⁵ VALVERDE, p. 323.

⁵⁶ Não sendo possível a anuência de todos os credores, ou a determinação imediata de todos, o estado pré-falimentar do devedor levou à solução em que o Estado-juiz decidiria a demanda proposta por aquele comerciante em má situação econômica que pede um abatimento na dívida, um prazo para solvê-la, ou ambas pretensões, que, após todo o trâmite processual, com a estrita observância dos princípios e ditames legais pertinentes, conferem ao julgador as condições para concluir por cumprida a concordata, evitando-se a quebra da empresa.

concordata anteriormente existente, ou, por outro lado, se referida natureza jurídica tomou forma diferenciada, quem sabe até, seguindo-se as formas previstas nas Teorias “Contratualista” e “da Obrigação Legal”.

Este será um dos pontos tratados no decorrer do presente estudo.

3.3 DAS MODALIDADES DE CONCORDATA PREVISTAS NO DECRETO LEI N.º 7.661/1945

3.3.1 Da Concordata Preventiva

A concordata preventiva é um instituto do Direito Falimentar, no qual o devedor comerciante, uma vez obedecidos os requisitos e pressupostos legais e se concessivo o despacho que determinar seu processamento pode, evitar a decretação de sua falência.

Sobre este instituto, REQUIÃO posicionou-se no sentido de que “a concordata preventiva, como a própria palavra está a indicar, visa prevenir a falência do devedor. Toma ele, antes de declarada a falência, a iniciativa de requerê-la ao juiz, que, concedendo-a, previne a falência; mas, se nega-la, declara ex officio a falência do peticionário.”⁵⁷

De extrema relevância, o fato de que a concordata preventiva, por sua força normativa perante os credores quirografários, para ser deferida, necessitava que o devedor que a pleiteava cumprisse diversos requisitos legais, os quais se encontravam descritos nos artigos 158 e 159 do Decreto Lei n.º 7.661/1945⁵⁸.

57 REQUIÃO, p. 4.

Importante, ressaltar a definição dada por RUBENS SANT’ANNA, no seguinte sentido: “A concordata preventiva constitui um benefício concedido em favor do comerciante devedor, mediante sentença judicial, a fim de lhe evitar a falência.” (SANT’ANNA, p. 139). Ainda, neste particular: PACHECO, p. 586.

58 Decreto Lei n.º 7.661/45 – “Art. 158. Não ocorrendo os impedimentos enumerados no art. 140, cumpre ao devedor satisfazer as seguintes condições: I - exercer regularmente o comércio há mais de dois anos; II - possuir ativo cujo valor corresponda a mais de cinquenta por cento do seu passivo quirografário; na apuração desse ativo, o valor dos bens que constituam objeto de garantia, será computado tão a somente pelo que

Assim, para o deferimento do processamento da concordata preventiva impetrada pelo devedor, deveriam ser cumpridos diversos requisitos formais, destacando-se um deles, o qual se apresentava subjetivamente no sentido de que o devedor deveria estar agindo de “boa-fé”⁵⁹, uma vez que, tal meio de recuperação, quando gerido por comerciantes mal intencionados desvirtuavam-no, causando uma grave e grande incerteza sobre sua real efetividade.

Neste panorama, justifica-se que a existência de tantos pressupostos e requisitos para o deferimento do benefício da concordata preventiva, era o de evitar que tal instituto fosse usado por devedores fraudulentos e comerciantes aventureiros, buscando-se impedir a utilização errônea da concordata, o qual culminava frustrando o fim para o qual foi concebida.

De outra parte, importante frisar, apenas, que entendia uma parte da doutrina nacional, que referido “remédio” qualificado como “um favor legal” procurava, ainda que intrinsecamente, uma maior participação dos credores no negócio do devedor em dificuldades superáveis, a fim de que estes interagissem nas dificuldades enfrentadas, buscando sua amenização e, conseqüentemente, a retomada do prumo dos negócios do “devedor mal-sucedido”⁶⁰.

exceder da importância dos créditos garantidos; III - não ser falido ou, se o foi, estarem declaradas extintas as suas responsabilidades; IV - não ter título protestado por falta de pagamento.” (BRASIL, 1945)

Decreto Lei n.º 7.661/45 – “Art. 159. O devedor fundamentará a petição inicial explicando, minuciosamente, o seu estado econômico e as razões que justificam o pedido. Parágrafo único. A petição será instruída com os seguintes documentos: I - prova de que não ocorre o impedimento do n.º I do art. 140; II - prova do requisito exigido no n.º I do artigo anterior; III - o contrato social em vigor, em se tratando de sociedade; IV - o último balanço e o levantamento especialmente para instruir o pedido, inventário de todos os bens, relação das dívidas ativas e demonstração da conta de lucros e perdas; V - lista nominativa de todos os credores, com o domicílio e a residência de cada um, e a natureza e importância dos respectivos créditos. V - lista nominativa de todos os credores não sujeitos à concordata, com o domicílio e a residência de cada um, a natureza e a importância dos respectivos créditos; VI - lista nominativa de todos os credores sujeitos à concordata, com o domicílio e a residência de cada um, a natureza e a importância dos respectivos créditos e a indicação do registro contábil da operação creditícia, assinada também pelo encarregado da contabilidade do devedor.” (BRASIL, 1945)

59 Neste sentido: “A concordata preventiva não é uma panacéia jurídica que se conceba levemente. Desde a primeira lei que a instituiu, na Bélgica, no século passado, se invocava a condição de o devedor comerciante ‘ser infeliz e de boa fé’, para justificar sua pretensão.” (REQUIÃO, p. 75).

60 Neste sentido, HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA: “O objetivo real escondido na lei é a participação do rol de credores no reerguimento do companheiro que esteja passando por problemas superáveis, cujo vencimento propiciará a todos retomar outra vez a marcha normal dos negócios.” (VERÇOSA, Haroldo

Tem-se, por todo o acima demonstrado, que o objetivo principal da concordata preventiva, que seria da efetiva recuperação do devedor em crise⁶¹, não passou de uma mera previsão, uma vez que quase sempre não foi alcançado, principalmente nos últimos anos de vida de referido instituto.

Cumpre-se, ressaltar que, tal instituto, por obsoleto e ultrapassado, não acompanhou as profundas modificações pelas quais passou a nossa economia (com as constantes imposições de novos planos econômicos, congelamento de preços, mudando de moedas, etc.), fatores estes que afetaram sobremaneira a atividade comercial, ora empresarial, exercida em nossa sociedade.

Diante da situação acima colocada, coube aos nossos magistrados, sob a análise de casos concretos postos à apreciação adequar aludido diploma legal à realidade econômica nacional, aplicando as disposições legais previstas de maneira flexível e com uma maior interferência e participação dos credores.

Como exemplos de tais situações, destacamos os famosos casos das Lojas Arapuã S/A⁶², Sharp do Brasil S/A, entre outros, os quais buscaram,

Malheiros Duclerc. Correção monetária na falência e na concordata: este assunto precisa ser definitivamente resolvido. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova Série. São Paulo, Ano XXX, n. 81, p. 126, jan./mar. 1991)

61 Para requerê-la, deve-se verificar que a empresa está à beira da insolvência, contudo possui suficiente capital para se salvar do estado em que se encontra, objetivando o reajustamento econômico antes do requerimento da falência por qualquer de seus credores.

62 Explicitando tal caso, RENATO LUIZ DE MACEDO MANGE, definiu e destacou: “[Lojas Arapuã S/A] – Empresa de varejo cuja concordata - requerida em junho de 1998 – teve grande repercussão na mídia. A solução proposta foi a criação de Companhia de Propósito Específico – CPE (ou SPC – Special Purpose Company), que teria como único objetivo (propósito específico) adquirir dos credores – via cessão de crédito – os créditos destes na Arapuã. O pagamento seria com a emissão de debêntures com prazo longo – 10 anos – , cujo pagamento seria feito com os resultados obtidos pela emissora. Essa sociedade – na qualidade de cessionária da totalidade de créditos – dispensaria os depósitos devidos na concordata que, em conseqüência, será encerrada. No segundo momento, a Arapuã – já então com a desistência da concordata homologada – emitiria debêntures que substituiriam aquelas colocadas pela CPE, a qual se extinguiria. Ainda, para que a operação pudesse ficar ainda mais transparente para os credores, foi criada uma subsidiária integral (Arapuã II), que irá gerir as atividades da concordatária utilizando todos os seus pontos comerciais e funcionários. A idéia é ter uma contabilidade separada para demonstrar os resultados operacionais sem os ônus do passivo anterior. Essa questão está colocada – há mais de dois anos – com anuência de, aproximadamente, 90% (noventa por cento) dos credores. Entretanto, os credores dissidentes – cerca de 10% (dez por cento) do passivo (equivalente a US\$ 80.000.000,00) – exigem seu depósito. O juiz de primeira instância, acolhendo as razões dos discordantes, decretou a falência. A questão está em exame no Tribunal.” (MANGE, Renato Luiz de Macedo. Sobre recuperação e falência de empresas no Brasil. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova Série. São Paulo, Ano XLI, n. 127, p. 60, jul./set. 2002)

contradizendo e adequando o obsoleto diploma falimentar revogado, formas de reorganização empresarial, visando a sua manutenção e preservação.

Portanto, a reforma da legislação falimentar era medida emergencial, a fim de que o socorro das empresas que enfrentavam dificuldades econômicas e financeiras graves chegasse a tempo de resgatá-las do “fantasma” da falência, que lhes parecia iminente diante do obsoleto e ultrapassado modelo de recuperação existente que, por sua forma arcaica e distante da realidade econômica atual, não servia para preservar e recuperar a empresa economicamente viável, mas sim para excluí-las, definitivamente do mercado.

Neste contexto, foi alterada a legislação falimentar pátria, inserindo-se os chamados meios de Recuperação de Empresas, os quais foram concebidos com o intuito de promover a ampla reorganização e reestruturação do empresário e da sociedade empresária em dificuldades, desde que seja demonstrada sua real viabilidade econômico-financeira, a fim de manterem-se ativos, cumprindo com sua função social e promovendo o desenvolvimento do país, gerando empregos e riquezas.

3.3.2 Da Concordata Suspensiva

A fim de iniciarmos este instituto de relevante interesse, porém de pouca aplicação prática, partiremos da definição formulada pelo mestre REQUIÃO, o qual afirma que “a concordata suspensiva tem por fim suspender a falência, restabelecendo no devedor falido a plenitude de sua atividade empresarial. Surge, portanto, posteriormente à falência já declarada, evitando a liquidação da empresa.”

63

Como pôde ser verificado pelas definições acima mencionadas, um dos

63 REQUIÃO, p. 4. Insta salientar Rubens de Sant’Anna, quando afirma que, “de acordo com noção apresentada por Waldemar Ferreira, a concordata suspensiva é um ‘reajustamento de situação’ pedido pelo devedor, no curso da falência, suspendendo esta, e possibilitando que o mesmo pague seus credores.” (SANT’ANNA, p.154)

requisitos para o devedor pleitear o benefício da concordata suspensiva é que o mesmo esteja em estado falimentar, uma vez que, como a própria nomenclatura do instituto já explicita, o objetivo da concordata suspensiva é a suspensão da falência.

Segundo ensinamento do mestre PONTES DE MIRANDA, a concordata suspensiva somente encobre o estado falencial do devedor, a fim de que este, após a obtenção e cumprimento de referido benefício, retome suas atividades comerciais.⁶⁴

Desta forma, tem-se que a concordata suspensiva, ao invés de evitar a falência, é requerida durante o processo falimentar, logo após a sentença declaratória da quebra e visa sustar os drásticos efeitos da falência, evitando que a massa de bens que compunha a empresa falida fosse liquidada⁶⁵.

Destaca-se que a concordata suspensiva objetiva a dilação do prazo para pagamento dos credores abrangidos por ela (que da mesma forma que na concordata preventiva, são os credores quirografários) em até dois anos ou a remissão imediata de uma parte de referida dívida, sendo mais comum a conjunção de ambos os objetivos.

Ademais, diante da situação falimentar enfrentada pelo devedor comerciante, a proposta remissiva e dilatatória era muito bem recebida pelos credores, os quais, quase sempre, pela posição que ocupavam na ordem de pagamentos dos credores na falência (artigo 102 do Decreto Lei n.º 7.661/1945), e pelo estado de insolvência total da sociedade falida, que se subentendia que seu passivo era notadamente superior ao seu ativo, e por tal motivo não receberiam seus créditos, quiçá parte de seus créditos, uma vez que a parcela trabalhista, bem como a fiscal, quase sempre, acabavam com todo o ativo arrecado e liquidado da Massa Falida.

Este é o quadro que, na prática forense, acaba sendo corriqueiramente

64 MIRANDA, p. 24.

65 Neste sentido, lecionou RUBENS REQUIÃO: "Enquanto a concordata preventiva visa impedir a declaração da falência do devedor comerciante, a concordata suspensiva visa suspender o processo de falência em curso." (REQUIÃO, p. 121)

apresentado.

Cumprе salientar, que o objetivo da lei, também, ao facultar a concordata suspensiva, era de possibilitar a recuperação da empresa, não sujeitando seu patrimônio à liquidação, dissolução e extinção⁶⁶.

A antiga Lei de Falências no seu artigo 183 indica os efeitos claros da sentença que concede a concordata suspensiva.⁶⁷

No entanto, tal instituto de recuperação apresentava-se em desuso perante o nosso ordenamento jurídico, ante a sua difícil aplicabilidade.

Alguns casos de impetração de concordata suspensiva ocorreram em nosso cotidiano forense, justamente e não por acaso, quando a empresa falida encontrava-se sob o regime de continuidade de negócios (artigo 47 do Decreto Lei n.º 7.661/1945⁶⁸), onde, com referida continuidade da produção, apurava-se caixa suficiente para pleitear tal benefício legal.

Destaca-se ainda, que referido instituto, da mesma forma que o da concordata preventiva, foi excluído de nosso ordenamento jurídico, sendo substituído pelos “Novos” Institutos de Recuperação de empresas, previstos na Nova Lei de Falências (Lei n.º 11.101/2005), com a qual se espera novas oportunidades de preservação da atividade empresarial nacional.

3.4 – DA CRISE DO INSTITUTO DA CONCORDATA NA ATUALIDADE

66 Posiciona-se a doutrina de RUBENS REQUIÃO: “Na hipótese de concordata suspensiva, esse favor proporciona ao devedor falido a possibilidade de pagar os credores, suspendendo o processo de falência, dadas as condições para restaurar sua empresa falida.” (Idem)

67 Sendo a falência suspensa, são gerados os seguintes efeitos:

- a) os bens arrecadados pelo síndico voltam a ser administrados pelo concordatário;
- b) o concordatário readquire a livre faculdade de disposição dos seus bens;

c) a livre disposição é limitada nos casos de: não poder alienar ou onerar os bens imóveis ou outros sujeitos as cláusulas da concordata, sem autorização do juiz; não pode vender ou transferir o seu estabelecimento sem o consentimento expresso de todos os credores admitidos e sujeitos aos efeitos da concordata.

68 *in verbis*: “Art 74. O falido pode requerer a continuação do seu negócio; ouvidos o síndico e o representante do Ministério Público sobre a conveniência do pedido, o juiz, se deferir, nomeará, para geri-lo, pessoa idônea, proposta pelo síndico”. (BRASIL, 1945)

Conforme já exposto no decorrer do presente trabalho, os institutos preventivos e suspensivos da quebra do devedor comerciante em dificuldades financeiras previstos no Decreto Lei n.º 7.661/1945, com o desenvolvimento das relações comerciais, bem como, com o fenômeno da globalização acabaram por não contemplar as necessidades atuais tornando-se obsoletos e ineficientes.

Com razão RUBENS APPROBATO MACHADO que, ao tratar do problema, afirma que

A falência (com a previsão da continuação do negócio) e a concordata, ainda que timidamente permitissem a busca da recuperação da empresa, no decorrer da longa vigência do Decreto-lei 7.661/45 e ante as mutações havidas na economia mundial, inclusive com a sua globalização, bem assim nas periódicas e inconstantes variações da economia brasileira, se mostraram não só defasadas. Como também se converteram em verdadeiros instrumentos da própria extinção da atividade empresarial.⁶⁹

Com muita propriedade e pertinência o ilustre jurista, continua lecionando que “raramente uma empresa em concordata conseguia sobreviver e, mais raramente ainda, uma empresa falida era capaz de desenvolver a continuidade de seus negócios.”⁷⁰

Cumpre-se destacar ainda, que apesar do instituto da concordata previsto em nosso ordenamento falimentar recente, em suas duas modalidades, ter buscado a preservação e a manutenção de comerciantes em dificuldades financeiras superáveis, sabemos que o mesmo possuía inúmeras “brechas”, nas quais se permitia que devedores mal-intencionados os burlassem a fim de se favorecerem economicamente, com referido “benefício legal”.

Neste sentido, sábias as palavras do professor RUBENS REQUIÃO:

69 MACHADO, p. 22.

70 Idem. Entendimento diverso apresentava o respeitável jurista J. C. SAMPAIO DE LACERDA que conceituava o instituto da Concordata “como sendo o ato processual pelo qual o devedor propõe em Juízo melhor forma de pagamento a seus credores, a fim de que, concedida pelo juiz, evite ou suspenda a falência” E, ainda explicitava que: “O instituto da concordata traz vantagens para o devedor porque evita a sua ruína, permitindo possa ele permanecer ou voltar a suas atividades como homem de negócios”. E continuava: “Por outro lado, também os credores aproveitam-se, pois melhores e maiores porcentagens obterão que na falência, sendo preferível, quase sempre, restabelecer o devedor, possibilitando que ele mesmo dirija seus negócios.” (LACERDA, J. C. Sampaio de (José Candido Sampaio de) 1909-1981. **Manual de Direito Falimentar**. 14ª ed. ver. e atual. por MAGALHÃES, Jorge de Miranda. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1999. p. 246, 248)

“É preciso compreender que, teoricamente, todas as loas são válidas na exaltação do instituto. A sua vivência, a realidade a sua aplicação prática, porém, seja pelo comportamento do devedor insolvente ou pela complacência dos tribunais, motiva as sérias restrições e críticas que o cercam e acompanham.”⁷¹

O jurista acima citado complementa:

“O fato é que a reação coletiva em face da concordata a identifica, vulgarmente, como um instrumento de burla e de desonestidade, a serviço de empresários inescrupulosos e sagazes. Por isso, sentimo-nos encorajados, em conferencia proferida no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1974, em propor a extinção da concordata nos moldes atuais, para substituí-la por um sistema mais moderno, mais eficiente, justo e funcional, posto a serviço da recuperação das empresas ainda não irrecuperáveis.”⁷²

O desvirtuamento dado pelos comerciantes “inescrupulosos” ao instituto da concordata foi constantemente atacado pela doutrina nacional, sendo este o principal argumento a favor da extinção de tal instituto de nosso ordenamento jurídico.

Este é o entendimento de HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA⁷³ que afirmou:

“Os números levantados (...) indicam muito claramente ter havido uma busca consciente da concordata e dos benefícios com ela alcançados ao longo de toda uma década, ocasião em que a letra da lei foi obedecida como ponto de honra da maioria dos doutrinadores e dos julgadores, com evidentes prejuízos para os credores dos comerciantes favorecidos.” E conclui: “Uma situação de tal injustiça não deveria ter perdurado por tanto tempo.”

Corroboramos do entendimento apresentado acima, uma vez que os procedimentos dispostos no antigo e arcaico Decreto Lei n.º 7.661/1945, por ultrapassados e desconformes com a realidade econômica nacional e global, não garantiam aos devedores comerciantes à retomada de suas atividades, ao contrário,

71 REQUIÃO, p. 2.

72 Ibidem, p. 3. De modo diverso e contrário à reforma integral da Lei de Falências, entende JOSÉ DA SILVA PACHECO: “Vê-se, pois, que a nossa lei, embora de 1945, tem os caminhos de soluções razoáveis, que bem podem ser seguidos mediante a 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 nossa lei falencial, que, em diversos dispositivos, tem o germe de soluções razoáveis para s problemas críticos das empresas.” (PACHECO, p. 07).

73 VERÇOSA, p. 127.

somente procrastinavam a sua bancarrota e serviam como uma forma fácil e segura de alguns empresários obterem benefícios a si próprios em detrimento dos credores.

Por fim, o ilustre professor RUBENS APPROBATO MACHADO, sumariamente, muito bem ilustra a posição que o instituto da concordata tomou em nosso ordenamento jurídico, nos seguintes termos:

“Foram institutos que deixavam as empresas sem qualquer perspectiva de sobrevivência. Com a manutenção do modelo constante no Decreto-lei 7.661, extinguíram-se, periodicamente, fontes de produção, geradoras de empregos, de créditos, de tributos, de gerência social e de fonte de fortalecimento da economia brasileira.”⁷⁴

Novamente, da mesma forma que na década de 40 do século passado, uma ampla reformulação no direito falimentar brasileiro fazia-se necessária, a fim de que, em consonância com a globalização da economia atual, bem como, com os exemplos obtidos através dos sistemas jurídicos falimentares de outros países, pudéssemos adequar tais sistemas jurídicos ao nosso, configurando-os às situações de crise enfrentadas pelos empresários e pelas sociedades empresárias brasileiras⁷⁵.

Esta reformulação está presente hoje em nosso ordenamento jurídico, através da Nova Lei de Falências (Lei n.º 11.101/2005) a qual, extinguiu o instituto da concordata apresentando como seu substitutivo os meios de Recuperação da Empresa, quais sejam, a Recuperação Judicial e a Recuperação Extrajudicial, estes aplicáveis às médias e grandes empresas (Macro-empresas) e Plano de Recuperação Judicial Especial aplicável às micro e pequenas empresas.

Deste modo, partiremos à análise dos novos institutos de recuperação de empresas, colacionando entendimentos e aspirações dos maiores doutrinadores pátrios, de nossos tribunais, e, principalmente apresentando os reflexos que a nova legislação falimentar causou em nossa economia e em relação à classe empresarial

74 MACHADO, p. 22.

75 Conforme entendimento de PAULO PENALVA SANTOS: “As leis brasileiras ora destacavam a proteção dos interesses do devedor, sem que houvesse qualquer preocupação com eventual interesse social da empresa a ser preservado.” (SANTOS, p. 128)

nitidamente afetada com tais alterações.

4. A NOVA LEI DE FALÊNCIAS (LEI N.º 11.101/2005)

4.1 – HISTÓRICO DA TRAMITAÇÃO DO PROJETO DE LEI DE REFORMA DO DIREITO FALIMENTAR PÁTRIO

Em 14 de dezembro de 2004, após mais de 10 anos de tramitação, a Câmara dos Deputados aprovou o projeto de Lei n.º 4.376/93 de relatoria do Deputado Federal OSVALDO BIOLCHI, com as pertinentes e sensíveis alterações introduzidas no texto de referido projeto pelo Senado Federal, onde recebeu o registro de PLC n.º 71/2003.

Pouco tempo depois, em 09 de fevereiro de 2005, o Presidente da República Federativa do Brasil, LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, sancionou a Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, a qual recebeu o registro n.º 11.101/2005, tornando-a, por conseguinte, a norma de direito positivo do direito falimentar brasileiro.

Compre-nos, transparecer, no entanto, que a trajetória da reforma da legislação falimentar foi longa, a qual foi marcada por grandes e acalorados embates jurídicos entre doutrinadores e estudiosos pátrios, sendo buscado na legislação e doutrina alienígenas, pontos que pudessem servir de amparo à Nova Legislação Falimentar brasileira.

Merece destaque o fato de que, antes mesmo da elaboração do referido anteprojeto de Lei, o qual visaria a substituição do antigo texto normativo de direito falimentar nacional (Decreto Lei n.º 7.661/1945), calorosas discussões e sugestões sobre a necessidade de alteração dos institutos de prevenção e recuperação das empresas até então amparadas por nosso ordenamento jurídico.⁷⁶

76 ATA DE REUNIÃO DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COMERCIAL COMPARADO E BIBLIOTECA TULLIO ASCARELLI (11/04/1984) – Depto. de Direito Comercial da USP (sede do Instituto) – Ofício encaminhado pelo Instituto ao Congresso Nacional sobre o Projeto de alteração parcial da Lei Falimentar, do qual destacamos o seguinte posicionamento: “Entende o Instituto – e parece entender, também, o Grupo de Trabalho - que os institutos da falência e da concordata estão a exigir revisão profunda. É indispensável conferir

Sob este aspecto, uma grande colaboração foi dada ao referido anteprojeto de lei, pela proposta apresentada pela Comissão criada no âmbito da IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo) a qual recebeu o nome de “ROGER DE CARVALHO MANGE”⁷⁷, a qual destacou e pugnou pela necessidade de ser positivado em nosso ordenamento jurídico, o instituto da recuperação da empresa, como estava ocorrendo em inúmeros países europeus.

Referida proposta elaborada pela Comissão formada no IASP, merece destaque pela ênfase dada ao instituto da recuperação da empresa, com o corolário de que a mesma poderia ser postulada e pretendida em qualquer momento, diga-se, em qualquer fase dos processos de falência ou concordata, “mediante proposta demonstrativa da conveniência e da viabilidade econômica da empresa.”⁷⁸

Em apertada síntese, o anteprojeto elaborado por tal Comissão, foi de técnica jurídica e adequação à realidade empresarial existente à época notáveis, o qual, segundo RUBENS APPROBATO MACHADO, tinha como objetivo primordial à exposição das formas, inclusive processuais, pela busca da manutenção e da sobrevivência da empresa, como fonte geradora de riquezas e produtos.⁷⁹

Já em 1991, antes mesmo da elaboração do Projeto de Lei da Nova Legislação Falimentar, o governo tomou a iniciativa de reunir grandes juristas no âmbito do direito falimentar pátrio, a fim de elaborar um anteprojeto de lei de

à disciplina legal da matéria uma visão nova, adequada às necessidades da economia moderna, mostrando-se inúteis remendos legislativos incapazes de chegar às raízes do problema. Nesse sentido, já o Instituto firmou posição, recomendando que se elabore nova legislação concursal que consagre o princípio da preservação da empresa, e, por outro lado, que a aplicação dessa nova legislação seja confiada a poder jurisdicional preparado para esse mister, em que as preocupações de ordem econômica e social não podem ser esmagadas por mero formalismo legal.” (_____. Ata da Reunião do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tulio Ascarelli – 11 de abril de 1984. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova Série. São Paulo, Ano XXIII, n. 54, p. 153-154, abr./jun. 1984).

77 No início da década de 90 do século passado, o Ministério da Justiça brasileiro formou uma Comissão responsável pela elaboração de um projeto de reforma da legislação falimentar vigente. Assim, visando adequar esta nova legislação à realidade econômica e financeira nacional, a minuta do anteprojeto confeccionada pela aludida comissão foi encaminhada à diversas entidades para análise, estudo e observações. Uma das entidades escolhidas para esta árdua, porém gratificante tarefa, foi o Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP.

78 Neste particular: MACHADO, p. 24.

79 Importante a leitura de Rubens Approbato Machado (idem).

falências, o que acabou por ocasionar um grande frisson entre os estudiosos do direito falimentar nacional, destacando-se a posição doutrinária que tendia à idéia e intenção de “salvar as empresas”, como, por exemplo, se verifica o entendimento do ilustre jurista BULGARELLI⁸⁰.

Por conseguinte, em 1993, iniciou-se no Brasil um projeto de reforma da Lei de Falências, o qual contou com a colaboração de inúmeras entidades, as quais, através de estudo científico, análises técnicas e inúmeras sugestões, foram dando forma ao novo Projeto de Lei de Falências.

Passada esta fase inicial de confecção de propostas à nova legislação falimentar, restou elaborado o Projeto de Lei, o qual foi remetido ao Ministro da Justiça Jarbas Passarinho, o qual, por sua vez, encaminhou-o à Câmara dos Deputados para deliberações e votação, recebendo o registro n.º 4.376/93.

Referido projeto teve como Relator na Câmara Federal o ilustre Deputado OSVALDO BIOLCHI, o qual, após incansáveis anos de estudo e pesquisa apresentou, no final do ano de 2003, seu Relatório que, finalmente, foi aprovado pelo Plenário da Câmara e, em seguida, remetido ao Senado Federal.

No Senado, referido Projeto de Lei foi registrado como PLC n.º 71/2003, tendo como Relator 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 empresarial⁸¹.

80 Este era o entendimento do ilustre jurista: “A nova posição doutrinária, influenciada, como é notório, pela intenção de salvar as empresas, busca soluções ao problema, oferecendo sugestões as mais diversas, desde a simples alteração das normas em vigor, até algumas criativas que atingem o fundo da questão. De qualquer forma, esse direito das quebras, e que vem sendo chamado de “direito das empresas em dificuldades”, certamente que não encontrará seu caminho, em um contexto de uma economia de crise;” (BULGARELLI, Waldirio. Reforma da Lei de Falências. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Nova , São Paulo, Ano XXX, n. 83, p. 122, jul./set. 2001)

81 Destaca-se a posição de FÁBIO ULHÔA COELHO: “De qualquer modo, por mais que se possam criticar certos dispositivos da nova lei – e o leitor irá defrontar-se, ao longo deste livro, com diversas críticas que tenho -, a comunidade jurídica e a sociedade brasileira devem ser muito gratas ao Senador Ramez Tebet. Não fosse sua sensibilidade quanto às imperfeições do projeto oriundo da Câmara e sua firme disposição de o reestruturar [sic], o direito brasileiro não contaria, hoje, com uma lei tecnicamente adequada à disciplina da crise das empresas.” (COELHO, **Comentários à Nova Lei ...**, p. XIV)

Finalmente, após 12 (doze) anos de tramitação do originário “Projeto de Lei 4.376 de 1993”, foi apresentado pelo Senador RAMEZ TEBET seu Relatório⁸², no qual foram destacados os princípios fundamentais da Nova Legislação Falimentar brasileira, com prevalência àqueles destinados a preservação da unidade empresarial, sempre que esta se mostrasse economicamente viável⁸³.

Finalmente, no ano de 2003, passados mais de 10 anos de tramitação de referido projeto na casa legislativa acima mencionada, o texto foi aprovado e, em seguida, remetido ao Senado Federal para análise e deliberações.

No Senado Federal, o projeto recebeu o registro de PLC n.º 71/2003 tendo tramitado por todas as comissões necessárias, destacando-se sua passagem pela Comissão de Assuntos Econômicos – CAE, onde teve como seu Relator o Senador RAMEZ TEBET.

No âmbito desta comissão, o relator de referido PLC n.º 71/2003, RAMEZ TEBET elaborou seu relatório sobre o projeto de Lei posto à apreciação dos senadores.

Em razão do brilhante estudo jurídico exposto no relatório apresentado, o Relator do Projeto de Lei de Falências na Comissão de Assuntos Econômicos, recebeu muitos elogios, acalmando os ânimos de alguns juristas que estavam inseguros com o texto anteriormente aprovado pela Câmara dos Deputados.⁸⁴

Muitas propostas de emendas e subemendas foram apresentadas à versão

82 O qual, nas palavras do ilustre jurista RUBENS APPROBATO MACHADO, possui “profundo conteúdo jurídico e econômico, remodelando o Projeto, mas mantendo a espinha central do instituto da recuperação das empresas”. (MACHADO, p. 25).

83 Destaca-se o posicionamento do ilustre Professor FREDERICO SIMIONATO: “Com o surgimento de uma nova perspectiva sobre a importância da atividade empresarial para toda a coletividade, representando uma verdadeira instituição, foram alçadas novas tendências conceituais para que a falência fosse deixada apenas para os casos em que o comprometimento financeiro da empresa atingisse patamares que impossibilitassem seu salvamento, e por conseguinte, sua manutenção como ente produtivo.” (SIMIONATO, Frederico. A Disciplina da Reorganização da Empresa em Crise Econômica no Projeto de Lei Concursal. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Nova , São Paulo, Ano XXXVI, n. 111, p. 138, jul./set. 1998)

84 Conforme se observa da dissertação do ilustre comercialista FÁBIO ULHÔA COELHO: “felizmente, o Senador Ramez Tebet, relator da matéria no âmbito da CAE, convenceu-se de que o projeto reclamava completa reestruturação.” (COELHO, **Comentários à Nova Lei...**, p. Nota VIII)

aprovada pela Câmara, das quais algumas foram incorporadas ao novo texto, porém, o cerne de referido projeto de Lei foi mantido, de modo que os institutos de recuperação de empresas permaneceram como pontos chave de referida reforma legislativa.

Sem excluir as críticas formuladas por alguns juristas e estudiosos pátrios quanto a determinados dispositivos da nova legislação, numa análise geral, a nova legislação foi recebida pela comunidade jurídica nacional com muito otimismo e esperança.⁸⁵

O otimismo e esperança vistos na comunidade jurídica nacional quanto à aprovação do novo diploma falimentar, justifica pela observação de que a antiga Lei de Falências – Decreto Lei n.º 7.661/1945 – vinha se mostrando inadequada para tratar da solução de problemas entre credores e devedores, uma vez que foi formulada em meados do século XX, onde o panorama econômico e financeiro era de complexidade e magnitudes muito diferentes das existentes na atualidade.

Referida legislação, com seus meios de manutenção e reativação da empresa em dificuldades econômicas ultrapassados, mostrava-se incapaz de viabilizar a continuidade de um empreendimento com problemas financeiros graves.⁸⁶

Um dos grandes pontos que motivaram a ampla reforma no Diploma falimentar pátrio foi o fato de que, o mercado financeiro necessitava de remédios legais que pudessem abarcar os empresários e as sociedades empresárias nacionais, dando-lhes condições de preservar suas atividades, honrando os compromissos financeiros assumidos, o que, conseqüentemente, diminuiria o risco

85 Este foi o sentimento demonstrado por FÁBIO ULHÔA COELHO: “De qualquer modo, por mais que se possam criticar certos dispositivos da nova lei (...), a comunidade jurídica e a sociedade brasileira devem ser muito gratas ao Senador Ramez Tebet. Não fosse sua sensibilidade quanto à imperfeições do projeto oriundo da Câmara e sua firme disposição de o reestruturar, o direito brasileiro não contaria, hoje, com uma lei tecnicamente adequada à disciplina da crise das empresas.” (Ibidem, p. Nota XIV)

86 De uma maneira geral, a revogada Lei de Falências – Decreto lei n.º 7.661/45 - inviabilizava a sobrevivência do empreendimento organizado na forma de empresa, eliminando fontes de emprego e permitindo fraudes na liquidação de ativos produtivos e na utilização dos meios de prevenção da falência previstas em referido ordenamento jurídico.

do crédito no Brasil.⁸⁷

Diante do acima exposto, conclui-se que a possibilidade efetiva de recuperação da unidade produtiva viável mostrada pela inserção dos institutos de recuperação de empresas é a grande mola impulsionadora para a redução dos custos do crédito e um maior desenvolvimento empresarial nacional.

Repita-se: Com a instituição dos meios de recuperação de empresas, espera-se que os empresários e as sociedades empresárias por eles atingidos, desde que se mostrem economicamente viáveis, tenham chance de superar crises econômico-financeiras pontuais e reversíveis, possibilitando aos mesmos o cumprimento de, talvez, seu maior objetivo, qual seja, o da função social da empresa, com a qual figuram como entes geradores de riquezas, de desenvolvimento e de empregos para as regiões atuam.

Após esta perfunctória análise da origem e do desenvolvimento do plano de reforma da legislação falimentar brasileira, partiremos a seguir a análise dos aspectos gerais e dos principais objetivos da nova legislação falimentar.

4.2 ASPECTOS GERAIS E PRINCIPAIS OBJETIVOS DA NOVA LEI DE FALÊNCIAS

A Nova Lei de Falências, sancionada pelo Presidente da República Luis Inácio Lula da Silva em 9 de fevereiro de 2005, alterou completamente o Direito Falimentar pátrio, inserindo os institutos de “Recuperação de Empresas”, bem como, modificando o trâmite processual do processo de falência, promovendo-o com mais

⁸⁷ Cumpre salientar que um dos mais relevantes motivos que inviabiliza a continuidade de um empreendimento com graves problemas financeiros é o reduzido volume de crédito no Brasil. Tal retração econômica, com pouca oferta de crédito às empresas nacionais, justificava-se pelo ineficiente sistema jurídico de recuperação empresarial, que garantisse aos aplicadores de recursos uma maior segurança. Assim, como a oferta de crédito é baixa no Brasil, o custo do custo se torna alto. É o chamado *spread* bancário. Tentando alterar este quadro, houve a inserção de novos mecanismos de proteção ao crédito na nova legislação falimentar, dos quais destacamos: i-) alteração da gradação legal; ii-) a posição dos créditos fiscais em referida classificação; iii-) a posição dos credores trabalhistas, em referida classificação; iv-) posição especial garantida aos credores titulares de crédito originário após a decretação o deferimento do processamento da recuperação judicial, como créditos extra-concursais.

celeridade.

Novamente, a legislação falimentar incorpora regras de direito material e de direito processual, aplicando, subsidiariamente e naquilo que não lhe contrariar, as regras previstas na legislação civil brasileira (Código Civil e Código de Processo Civil).

Importante destacar que a nova legislação falimentar encontra-se em consonância com as novas regras comerciais instituídas a entrada em vigor da Lei n.º 10.406/2002 (Novo Código Civil brasileiro), a qual revogou a primeira e a segunda partes do Código Comercial de 1850.

Desta forma, com o início de vigência do Novo Código Civil, como já visto anteriormente, o Direito Comercial brasileiro acabou tendo seu campo de trabalho alterado, uma vez que, o que anteriormente era definido e delimitado pela "Teoria dos Atos de Comércio" (Mercancia), passou agora, a ser regido pelas disposições da chamada "Teoria de Empresa".

Convém ressaltar-se, ainda, que a alteração da legislação falimentar, até então vigente em nosso país, através do, quase, sexagenário Decreto Lei n.º 7.661/1945, por qual TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE debruçou e despendeu anos de estudo de sua vida⁸⁸, era esperada pela grande massa de estudiosos do direito e de todos aqueles entes ligados, direta ou indiretamente, com as regras previstas em referido diploma legal, uma vez que o meio empresarial é muito dinâmico, sofrendo alterações substanciais a cada dia, destacando-se às ocorridas nestas últimas

88 Sobre este aspecto, pertinentes as palavras do Relator do PLC 71/2003 no Senado Federal, Senador RAMEZ TEBET: "A realidade sobre qual se debruçou Trajano de Miranda Valverde para erigir esse verdadeiro monumento do direito pátrio, que é a Lei de Falências de 1945, não mais existe. 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. A modernização das práticas empresariais e as alterações institucionais que moldaram essa nova concepção de economia fizeram necessário adequar o regime falimentar brasileiro à nova realidade. (TEBET, Ramez. **Parecer n.º _____ de 2004 - Da COMISSÃO DE ASSUSTOS ECONÔMICOS** sobre o PLC n.º 71, de 2003, que regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência de devedores pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. Brasília : Senado Federal. 2004. p. 6-7).

décadas⁸⁹, bem como, pela influência que supra citado diploma exerce sobre toda a economia nacional, principalmente, quanto à entrada de investimentos exteriores em nosso país.

Neste sentido, do ponto de vista econômico, a ampla reforma da legislação falimentar regente das relações de insolvência e de crise do empresário e da sociedade empresária, era medida intimamente relacionada com a questão dos juros cobrados pelas instituições financeiras para o fomento da atividade empresarial, uma vez que, estes deveriam prever possíveis intempéries da atividade empresarial, as quais poderiam levar a bancarrota da unidade empresarial, com a extinção das suas atividades.⁹⁰

Contudo, talvez o ponto de maior relevância presente na nova legislação falimentar seja a perspectiva de preservação da empresa em virtude de sua função social⁹¹.

Sobre estes aspectos RAMEZ TEBET explicitou que:

“Nesse sentido, nosso trabalho pautou-se não apenas pelo objetivo de eficiência econômica – que a lei sempre deve propiciar e incentivar – mas, principalmente, pela missão de dar conteúdo social à legislação. O novo regime falimentar não pode jamais se transformar em *bunker* das instituições financeiras. Pelo contrário, o novo regime

89 TEBET, com sabedoria, afirmou: “A lei deve guardar consonância com a realidade social e econômica da época em que é elaborada, prevendo estímulos a comportamentos desejáveis no futuro.” E, ainda no tocante à adequação da nova legislação à realidade, explicitou que: “Sobre a tentativa de moldar a sociedade ao desenho da lei deve prevalecer o movimento em sentido oposto: o conhecimento desenvolvido pelas ciências sociais deve ser integrado à lei, servindo-lhe de base. A lei deve espelhar o conhecimento do mundo, ao mesmo tempo que deve infundir, na dinâmica social, os valores sociais preponderantes”. E finaliza: “O conhecimento do mundo progride, amplia-se e não estará nunca limitado ao círculo do conhecimento jurídico momentâneo.” (Ibidem. p. 8).

90 Sobre este aspecto, destacamos um princípio adotado na análise do Projeto de Lei de Falências (PLC n.º 71/2003) relacionado pelo Relator de tal Projeto no Senado Federal, Senador RAMEZ TEBET. Qual seja: “**6) Redução do custo do crédito no Brasil:** é necessário conferir segurança jurídica aos detentores de capital, com preservação das garantias e normas precisas sobre a ordem de classificação 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.” (Ibidem, p. 16)

91 Tal objetivo foi classificado como um dos Princípios da Nova Legislação Falimentar, conforme se observa da análise do PLC pelo Senador TEBET que, assim, consignou: “**1) Preservação da empresa:** em razão de sua função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País. Além disso, a extinção da empresa provoca perda do agregado econômico representado pelos chamados intangíveis como nome, ponto comercial, know-how, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros.” (Ibidem, p. 15).

falimentar deve ser capaz de permitir a eficiência econômica em ambiente de respeito aos direitos dos mais fracos.”

Entretanto, apesar do pouquíssimo tempo de existência da nova legislação em nosso ordenamento jurídico, algumas críticas já são veiculadas por nossos doutrinadores, destacando-se às de FÁBIO ULHÔA COELHO, como se vê abaixo:

“Em 18 de abril de 1992, o jornal *O Estado de S. Paulo* publicou um artigo meu sobre o anteprojeto do Ministério da Justiça de que originou a lei atual. Entre outros aspectos, critiquei a vinculação do indeferimento da ‘concordata’ (naquela versão, ainda conviviam esse instituto e o da recuperação da empresa) à decretação da falência nos seguintes termos: ‘seria necessário pôr-se fim ao que eu considero um mecanismo legal incentivador da indústria das concordatas. Isto é, deve-se reconhecer ao Poder Judiciário a possibilidade de denega-la, sem decretação da falência do requerente (ou, na linguagem do anteprojeto, sem a liquidação do ativo do devedor). Porque diante de um concordatário que não atende a todos os requisitos, o juiz, sem outra alternativa senão a falência do devedor, prefere, com toda a razão, conceder o favor legal a decretar a quebra, que a todos prejudica (empregados, fisco, credores, consumidores etc.). E com isto, empresários que não teriam direito à concordata acabam sendo por esta beneficiados, porque a lei não dá ao Judiciário outra alternativa a não ser decretar a falência. É o momento de se acabar com esta estreiteza de visão, afastando-se os pressupostos teóricos sem fundamento real e possibilitando ao juiz que, simplesmente, indefira o pedido de concordata daquele que não atende aos requisitos para sua obtenção, sem que isto signifique a drástica solução da falência, ou liquidação do seu ativo’ (p. 9 do caderno ‘Justiça’).”⁹²

Pertinente à crítica do nobre jurista, uma vez que estando vinculado o indeferimento do pedido de recuperação judicial à decretação da falência do empresário e da sociedade empresária que o pleiteou, nenhuma chance será dada a estes de encontrar outros meios de recuperarem-se, podendo-se admitir, inclusive, que pelo não cumprimento, imediato, de alguma exigência formal prevista em referida legislação, o mesmo poderá ter a sua falência decretada imediatamente, ocasionando todos os efeitos nefastos que o decreto de quebra gera à toda sociedade dependente de referido ente produtivo, o que, parece-nos uma grande contradição com o objetivo-fim da nova legislação falimentar, que é a apresentação de meios e formas que possibilitem a ampla e efetiva recuperação e preservação da

92 COELHO, *Comentários à Nova Lei*, p. Nota XIII.

empresa, enquanto atividade.⁹³

Conclui-se, portanto, que com a existência de íntima e indissociável vinculação do indeferimento do pedido de recuperação judicial à decretação da falência do empresário, os credores irão acatar qualquer proposta apresentada pelo devedor, uma vez que, indubitavelmente, a posição de “esperar para ter algo” é mais vantajosa que a posição de “esperar para nada ter”, o que, neste último caso, quase que invariavelmente culmina o, tortuoso e penoso, procedimento falimentar⁹⁴.

Sendo o objetivo da nova legislação falimentar, a busca racional e efetiva pela preservação e recuperação da unidade empresarial, obviamente que desde que esta demonstre sua viabilidade econômica, restou instituído, em substituição ao instituto da concordata anteriormente existente⁹⁵, o instituto da recuperação de empresas, o qual possui como legitimados, ativa e passivamente, os empresários e à sociedade empresária⁹⁶, assim definidos na legislação civil pátria.

Sobre tal regime, tem-se que o mesmo restou dividido através de 02 (dois) institutos: o da Recuperação Judicial e o da Recuperação Extrajudicial.

Por fim, deve-se destacar as principais modificações contidas na Lei n.º 11.101/2005 quando comparada com o revogado Decreto Lei n.º 7.661/1945, das

93 Importante a observação de FÁBIO ULHÔA COELHO que afirma: “Para mim, o instituto da recuperação judicial corre sério risco de insucesso enquanto o juiz for obrigado a decretar a falência do requerente que não a obtém.” E continua: “O argumento em favor da vinculação parece ser forte: a lei, ao vincular o indeferimento da recuperação judicial à decretação da falência, impediria que alguém solicitasse o benefício se não estivesse realmente necessitando dele; sendo grande o risco (decretação da falência), apenas os devedores que se encontrassem mesmo em sérias dificuldades econômicas, financeiras ou patrimoniais se encorajariam a postular a recuperação judicial.” (Idem)

94 Corroboramos este pensamento das lições do afamado Professor quando aduz que: “Pois bem, enquanto a vinculação entre o indeferimento da recuperação judicial e a decretação da falência, os credores tendem a aprovar, na Assembléia, qualquer plano de reorganização, ainda que seja inconsistente e flagrantemente inviável. Planos alternativos são admitidos, mas é improvável que os credores em geral se interessem em custeá-los. Sua opção será pela aprovação do plano inconsistente porque a outra alternativa que se avizinha é a decretação da falência e perda total do crédito.”. (Ibidem, p. Nota XIV).

95 TEBET, em seu judicioso parecer, novamente, explicita 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.” (TEBET, p. 7)

96 Nova Lei de Falências (Lei n.º 11.101/2005). “Art. 1º - Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor”. (BRASIL, 2005)

quais relacionamos as principais, quais sejam: i-) exclusão no novo regime falimentar do instituto da concordata; ii-) alterações no rito processual da falência, proporcionando-o maior celeridade em busca de melhores resultados com a venda dos bens arrecadados; iii-) criação do Instituto de Recuperação da Empresa, através de duas modalidades: a Recuperação Judicial e a Recuperação Extrajudicial.

Pertinente, a demonstração, neste momento dos princípios norteadores da nova legislação falimentar⁹⁷, quais sejam: i-) preservação da empresa; ii-) separação dos conceitos de empresa e de empresário; iii-) recuperação das sociedades e dos empresários recuperáveis; iv-) retirada do mercado das sociedades ou dos empresários não-viáveis; v-) proteção aos trabalhadores; vi-) redução do custo do crédito no Brasil; vii-) celeridade e eficiência dos processos judiciais; viii-) segurança jurídica; ix-) participação ativa dos credores; x-) maximização do valor dos ativos do falido; xi-) desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte; xii-) rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial.

Desse modo, tendo em vista os objetivos traçados pelo legislador infraconstitucional quanto à aplicabilidade e funcionalidade da nova legislação falimentar, a qual busca, certamente, tanto do ponto de vista econômico como do social, a preservação de empregos, geração de impostos, renda e desenvolvimento social, temos que a nova legislação traz as perspectivas de alcançar o êxito almejado. Entretanto, não podemos deixar de demonstrar, no decorrer do presente estudo, que o êxito almejado não poderá ser obtido sem uma ampla reforma no Poder Judiciário, com a especialização dos Juízes, com o aparelhamento de referido poder, e principalmente, com a mudança de enfoque dos magistrados quanto ao fim buscado com referido diploma falimentar, obrigando-os a debruçarem-se sobre os processos de recuperação e de falência como técnicos, com o fim de liquidar satisfatoriamente os ativos da empresa falida, ou, em outra hipótese, de imprimir

97 Conforme Relatório apresentado pelo insigne Relator do Projeto no CAE, Senador RAMEZ TEBET.

celeridade ao processo de recuperação a fim de obter-se a preservação das atividades do empresário e da sociedade empresária em crise.

Partindo deste ponto inicial traçaremos com o desenvolvimento do presente, a análise e interpretação dos novos institutos da recuperação de empresas, suas finalidades, seus acertos e seus desacertos, enfim, sua efetividade no panorama da classe empresarial e da economia nacional.

5. DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

“Loucura para uns, escândalo para outros, a instituição democrática da empresa é princípio de sabedoria e dignidade para o amanhã imediato. Pois ‘os progressos da humanidade’, como observou recentemente um romântico, ‘medem-se pelas concessões que a loucura dos sábios faz à sabedoria dos loucos.’”⁹⁸

Conforme já exposto anteriormente, o Novo Diploma Falimentar pátrio está positivado através da Lei n.º 11.101/2005, legislação esta que inseriu o instituto da Recuperação de Empresas no ordenamento jurídico pátrio.

Também, de acordo com o demonstrado, “*en passant*”, em capítulos anteriores, o instituto de recuperação de empresas inserto em nosso ordenamento jurídico encontra-se dividido em três partes, quais sejam:

- A Recuperação Judicial
- A Recuperação Extrajudicial;
- A Recuperação Judicial Especial para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Pertinente, neste momento, a transcrição de uma lição extraída do ordenamento jurídico francês no tocante à recuperação e manutenção da empresa, na qual esta deve ser entendida como: “a preservação da empresa como centro autônomo de interesse, sem prejuízo da punição e do afastamento do empresário faltoso.”⁹⁹

Este talvez seja o ceme de todo o nosso novo sistema de Recuperação empresarial o qual está pautado na preservação da empresa como atividade, não havendo preocupação com a pessoa do empresário, sendo possibilitado, inclusive o

⁹⁸ (COMPARATO, A Reforma da empresa. Revista de Direito..., p. 74). Neste mesmo sentido, manifestou-se FÁBIO ULHOA COELHO: “no princípio da preservação da empresa, construído pelo moderno Direito Comercial, o valor básico prestigiado é o da conservação da atividade (e não do empresário, do estabelecimento ou de uma sociedade), em virtude da imensa gama de interesses que transcendem os dos donos do negócio e gravitam em torno da continuidade deste; assim, os interesses de empregados quanto aos seus postos de trabalho de consumidores em relação aos bens ou serviços de que necessitam, do Fisco voltado à arrecadação outros.” (COELHO, **Comentários à Nova Lei ...**, p. 8.)

⁹⁹ Conforme lição do mestre FÁBIO KONDER COMPARATO. (Op. cit., p. 66).

seu afastamento caso esteja, notadamente, criando embaraços a regular atividade do ente produtivo.

Desse modo, com a inserção no ordenamento jurídico pátrio dos novos institutos da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial, a mentalidade de gestão empresarial no Brasil deverá sofrer uma sensível mudança, com objetivo de permitir uma maior transparência e responsabilidade nas ações de gerência da atividade empresarial perante todos os credores da empresa.

Feitas estas considerações preliminares e antes de adentrarmos na análise, pormenorizada, de cada uma destas modalidades de Recuperação Empresarial, convém destacar as características gerais dos institutos de Recuperação de Empresas.

5.1 CARACTERÍSTICAS GERAIS DO INSTITUTO DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

Conforme já amplamente demonstrado no decorrer do presente estudo, o novo modelo falimentar pátrio foi inspirado em modelos estrangeiros, dos quais merece destaque o modelo existente na França.

A semelhança dos novos institutos inseridos em nosso ordenamento jurídico com àquele presente no direito francês, refere-se, principalmente, pela preocupação que o legislador deste país deu à chamada função social da empresa, preocupando-se com o meio social em que a sociedade empresária estava relacionada, apresentando diversos meios e formas de preservá-la.¹⁰⁰

Este sempre foi o principal objetivo almejado pelos doutrinadores brasileiros quando tratados assuntos relacionados com os institutos de reforma e de recuperação empresarial, conforme destaca o posicionamento de RICARDO

¹⁰⁰ Neste sentido: "O sistema francês expressa significativa preocupação com o meio social em que a empresa se encontra e apresenta aspectos importantes voltados para a sua preservação." (MARZAGÃO, Lídia Valério. A Recuperação Judicial. In MACHADO, Rubens Approbato (coord.). Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas. São Paulo : Quartier Latin, 2005. p. 75)

TEPEDINO¹⁰¹ no sentido de que “a doutrina comercialista, de forma uníssona, aponta para que todos os esforços sejam desenvolvidos em favor da preservação da empresa, e, com isso, dos empregos diretos e indiretos que ela gera, dos tributos que recolhe e da circulação de riquezas que propicia.”

Os pensamentos de nossos juristas no sentido da necessidade da preservação da empresa ganharam destaque nas últimas décadas, onde a preservação da empresa tornava-se o objetivo principal da nova legislação falimentar diante de seu relevante interesse social.¹⁰²

Merece destaque, a explicitação de que o “(...) o interesse social não significa o interesse dos credores ou do devedor, que na realidade são os únicos parâmetros adotados pelo Projeto.”¹⁰³

Sobre esta nova visão exposta pela doutrina nacional, com propriedade explicita FREDERICO SIMIONATO que “com o surgimento de uma nova perspectiva sobre a importância da atividade empresarial para toda a coletividade, representando uma verdadeira instituição, foram alçadas novas tendências conceituais para que a falência fosse deixada apenas para os casos em que o comprometimento financeiro da empresa atingisse patamares que impossibilitassem o seu salvamento e, por conseguinte, sua manutenção como ente produtivo.”¹⁰⁴

Felizmente os legisladores ouviram nossos doutrinadores que há tempo pleiteavam pela ampla reforma do direito falimentar pátrio com o objetivo, principal, de implementar a substituição dos meios de recuperação até então existentes

101 TEPEDINO, Ricardo. A recuperação da empresa em crise diante do decreto-lei 7.661/1945. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova Série. São Paulo, Ano XLI, n. 128, p. 166, out./dez. 2002

102 Desta forma, lecionou PAULO PENALVA SANTOS: “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 relevante.” (SANTOS, p. 126).

103 Quando se referia ao Projeto de Lei n.º 4.376/1993 de reforma da Lei de Falências. (ibidem. p. 128)

104 SIMIONATO, p. 138.

(Concordatas)¹⁰⁵, por mostrarem-se ineficientes na conjuntura econômica e na realidade empresarial da atualidade, por outros que viabilizassem a efetiva recuperação e preservação das empresas recuperáveis, ou seja, àquelas que apresentassem condições efetivas de viabilidade econômica¹⁰⁶.

Importante destacar que nosso legislador buscou, no novo diploma falimentar destacar os aspectos nefastos que a decretação da falência do empresário e da sociedade empresária causam a toda sociedade a elas, de alguma forma inter-relacionadas, para, após, apresentar os novos institutos de Recuperação de Empresas.

Esta forma de organizar os argumentos e as idéias sobre a crise empresarial não foi ao acaso, uma vez que, primeiramente, apresentando-se os efeitos catastróficos que a decretação da quebra de uma empresa pode desencadear na economia local, regional ou, até mesmo, nacional os próximos

105 Sobre a extinção do instituto da Concordata na nova legislação, algumas críticas foram tecidas pelo ilustre jurista PAULO PENALVA SANTOS, expondo que: "A concordata preventiva não é incompatível com o instituto da recuperação econômica da empresa, como imaginava o Projeto [hoje Lei]. Cada qual tem sua finalidade específica." Ainda sobre a viabilidade da manutenção do instituto da concordata preventiva ao lado do novo instituto de Recuperação Judicial de Empresas, continua o mesmo jurista dizendo que "a concordata preventiva atenderia à maioria absoluta das necessidades dos empresários, para evitar a falência, pois são questões ligadas à má utilização do crédito, causando um desequilíbrio financeiro ou econômico momentâneo, de outro, a recuperação econômica visaria casos especiais, nos quais o interesse social relevante está acima dos interesses dos credores e do próprio devedor." Mostrando certa "flexibilidade", conclui que: "A concordata, sem dúvida, deve ser aprimorada, mas jamais suprimida. Tenha ou não natureza contratual, seja ou não um mero favor legal, ela terá sempre um relevante papel de regularizar as relações patrimoniais entre o devedor e seus credores quirografários, evitando-se a falência. O seu objetivo é de resolver o conflito de interesses meramente patrimoniais, ou seja, questões típicas das relações de interesse privado, protegendo a empresa contra a ameaça de sua destruição." (SANTOS, p. 134).

Com entendimento diverso e no sentido da impossibilidade da manutenção do instituto da Concordata ao lado dos institutos de Recuperação de Empresas, manifesta-se RICARDO TEPEDINO: "O instituto da concordata, transformada pela lei de 1945, num favor legal que se concede à vista do preenchimento de meras formalidades, sem qualquer preocupação com a probabilidade de recuperação do impetrante, está longe de propiciar a execução de um plano de reestruturação da empresa em crise. Igualmente concebida para o pequeno comerciante individual, pressupunha suficiente a dilação de prazos, de modo a permitir a venda de estoques e a desmobilização de ativos fixos para honrar compromissos." (TEPEDINO, p. 166)

106 Elucidativa a explanação de LÍDIA VALÉRIO MARZAGÃO: O legislador brasileiro toma consciência da necessidade de dar tratamento diferenciado às empresas que se encontram em estado de crise econômico-financeira transitória, que as impedem de cumprir suas obrigações momentaneamente, criando condições plausíveis para que elas possam superar as conjunturas adversas através de um processo de recuperação. em substituição à Concordata, porém com a diferença de que esta poderá ser desenvolvida, também, de forma extrajudicial, deixando à escolha ao devedor." (MARZAGÃO, p. 76-77)

institutos que visam sua recuperação são vistos, certamente, com mais otimismo.

Neste sentido expõe LÍDIA VALÉRIO MARZAGÃO:

“A Lei é inspirada no direito comparado e tem caráter publicista, na medida em que traz como primordial função prevenir o efeito nefasto que a insolvência traz não somente ao devedor, mas à cadeia de sujeitos envolvidos nas diversas negociações empresariais, dentre eles, os trabalhadores, os fornecedores, os financiadores, os investidores, desenvolvendo-se através de um processo de prevenção de crise, em ambiente de maior eficiência e justiça social, proporcionando a continuidade da exploração das atividades empresariais de modo a realizar a sua função social.”¹⁰⁷

Importante destacar que, conforme mencionado na Nova Lei de Falências, poderão valer de seus institutos de recuperação, tanto as pessoas físicas que exerçam atividade econômica em nome próprio e de forma organizada com objetivo de lucro, como também os empresários e sociedades empresárias¹⁰⁸, conforme conceitos e definições previstos no Novo Código Civil brasileiro (Lei n.º 10.406/2002), aplicando-se as disposições da chamada “Teoria da Empresa”, conforme já amplamente demonstrado no Capítulo 2 do presente estudo.

Desta forma, feita uma análise generalizada do novo instituto jurídico da Recuperação de Empresas, parte-se à análise de suas duas “espécies”, quais sejam: a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial, partindo, ainda, para a análise da subespécie do meio de recuperação judicial, qual seja: a recuperação especial para as microempresas e empresas de pequeno porte.

5.2 DAS FORMAS DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

Iniciaremos este ponto, com a clara e pertinente explicação apresentada pelo ilustre comercialista FÁBIO ULHÔA COELHO:

“No Brasil, a lei contempla duas medidas judiciais com o objetivo de evitar que a crise na empresa acarrete a falência de quem a explora. De um lado, a recuperação judicial; de

¹⁰⁷ Ibidem, p. 79.

¹⁰⁸ Lei n.º 11.101/2005 – “Art. 1º. Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária [grifo nosso] doravante referidos simplesmente como devedor”

outro, a homologação judicial de acordo de recuperação extrajudicial. 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.”¹⁰⁹

Como visto, o principal objetivo do novo instituto da recuperação de empresas é o “saneamento da crise econômico-financeira e patrimonial” e a preservação da função social da empresa.

Assim, por meio da análise das espécies do instituto de Recuperação de Empresas, será traçada uma definição sobre as circunstâncias em que a aplicação de referido instituto será possível, partindo-se pela análise de crise empresarial e da função social da empresa.

Estes, sob nossa ótica, são os pontos primordiais e imprescindíveis para a análise do Instituto de Recuperação de empresas, ora existente em nosso ordenamento jurídico pátrio, com os quais buscaremos traçar um panorama geral e uma visão crítica sobre a efetividade na aplicação prática de tais institutos em nosso meio jurídico.

Feita esta breve introdução passaremos à análise dos Novos Institutos de Recuperação de Empresas, iniciando pelo estudo da chamada “**Recuperação Judicial**”, passando-se, após, ao estudo da chamada “**Recuperação Especial para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte**” e, por fim, passaremos ao estudo da “**Recuperação Extrajudicial**”.

5.2.1 – Da Recuperação Judicial

5.2.1.1 – Conceito Legal e Panorama Geral do Instituto

Prefacialmente, convém transcrevermos o conceito legal de Recuperação Judicial previsto no artigo 47 da Lei n.º 11.101/2005:

¹⁰⁹ COELHO, *Comentários à Nova Lei ...*, p. 115.

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.

Pela análise do conceito legal de recuperação de empresas visualizamos que seu principal objetivo é a “superação da crise econômico-financeira do devedor”.

Pertinente a definição trazida por CELSO MARCELO DE OLIVEIRA quando prescreve que:

“O objetivo econômico da recuperação judicial é permitir às empresas em dificuldades econômicas, que voltem a se tornar participantes competitivas e produtivas da economia. Os beneficiados, sob este ponto de vista, serão não somente os entes econômicos diretamente envolvidos como os controladores, credores e empregados, mas, principalmente, a sociedade.”¹¹⁰

Portanto, a fim de compreendermos o efetivo alcance do novo instituto de recuperação, convém definirmos a chamada “crise empresarial”.

Inicialmente, podemos classificar as crises empresariais de três formas, quais sejam: crise econômica, crise financeira e crise patrimonial.

Na lição do comercialista FÁBIO ULHÔA COELHO “por crise econômica deve-se entender a retração considerável nos negócios desenvolvidos pela sociedade empresária.”¹¹¹. No entanto, “a crise financeira revela-se quando a sociedade empresária não tem caixa para honrar seus compromissos. É a crise de liquidez.”¹¹². Finalmente, “a crise patrimonial é a insolvência, isto é, a insuficiência de bens no ativo para atender à satisfação do passivo. Trata-se de crise estática, quer dizer, se a sociedade empresaria tem menos bens em seu patrimônio que o total de suas dívidas, ela parece apresentar uma condição temerária, indicativa de grande risco para os credores.”¹¹³

110 OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Comentários à nova Lei de Falências**. São Paulo : IOB Thomson, 2005. p. 224.

111 Op. cit. p. 24.

112 Idem.

113 Ibidem, p. 25.

Assim, merece destaque a idéia de que as modalidades de crise acima delineadas, quando alcançadas suas maiores proporções podem desencadear um processo de crise classificado como “fatal”¹¹⁴, onde os prejuízos com a falta de perspectivas de recuperação da empresa afeta diretamente seus empreendedores, investidores, trabalhadores, fornecedores e a conjuntura econômica em que está inserida¹¹⁵.

Entretanto, o ponto chave da aplicação ou, ao inverso, da não aplicação do instituto da recuperação a determinados empresários e sociedades empresárias, refere-se à noção de viabilidade da recuperação, ou seja, se a empresa que se apresenta em estado de crise é, efetivamente, uma “empresa recuperável”.

Infelizmente nosso legislador foi omissivo no tocante à conceituação ou delimitação de aspectos que caracterizassem o que vem a ser ‘empresa recuperável’¹¹⁶.

Todavia, pela importância de tal elemento na análise da aplicação dos institutos de recuperação, cabe a nós engendramos um conceito de “empresa recuperável”¹¹⁷.

114 Assim expôs FÁBIO ULHÔA COELHO: “A crise da empresa pode ser fatal, gerando prejuízos não só para os empreendedores e investidores que empregaram capital no seu desenvolvimento, como para os credores e, em alguns casos, num encadear de sucessivas crises, também para outros agentes econômicos.” (Idem).

Neste sentido, pronunciou-se, FREDERICO SIMIONATO: É evidente a importância que a empresa possui para a economia da sociedade, sendo a grande geradora de empregos e riqueza, tanto que sua administração não repercute somente sobre seus sócios, mas, muito pelo contrário, incide na generalidade dos segmentos que a circundam.” (SIMIONATO, p. 138).

115 Neste sentido, COELHO: “A crise fatal de uma grande empresa significa o fim de postos de trabalho, desabastecimento de produtos ou serviços, diminuição na arrecadação de impostos e, dependendo das circunstâncias, paralisação das atividades satélites e problemas sérios para a economia local, regional ou, até mesmo, nacional.” (Op. cit. p. 25)

116 Sobre este aspecto, novamente destacamos PAULO PENALVA SANTOS: “esta questão, que o novo direito não pode resolver mediante o estabelecimento de um critério rígido de seleção, requer ao menos a elaboração de um padrão de empresa recuperável, que contenha as menos as condições mínimas compatíveis com o interesse social que se pretende conservar” (SANTOS, p. 129)

117 Segundo 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.” (Ibidem, p. 128-129).

Tal conceito é essencial para definirmos quando e em que situações as pessoas legalmente legitimadas¹¹⁸ poderão socorrer-se ao novo instituto da recuperação judicial.

Muitos imaginam que uma simples análise financeira, a qual restrita à verificação dos “papéis” do devedor, ou seja, aos seus documentos contábeis, bastaria para definirmos se a mesma é ou não recuperável.

Sem razão os que pensam desta forma, uma vez que a noção de ‘Empresa Recuperável’ deve preceder de uma ampla e minuciosa análise globalizada, ou seja: deve-se analisar todo o contexto com o qual está inserida a empresa em crise, sua função social¹¹⁹, o seu número de empregados, o impacto social e econômico que gera para região onde está sediada, seu ramo e a perspectiva de mercado para os seus negócios, e, evidentemente, suas efetivas condições econômico-financeiras de permanecer ativa com suas atividades.¹²⁰

Cumprido salientar, ainda, que não basta que a empresa em crise, aparentemente, possua condições de manter-se ativa através de um plano de reorganização. É essencial, não podendo ser desprezado, que este plano de reorganização seja aplicável, ou seja, que os custos de sua adoção sejam menores que os custos com a liquidação da empresa.¹²¹

Corroborar tal entendimento TOLEDO: “Estas [as empresas], quando se mostrarem economicamente viáveis, merecem ser preservadas, propiciando-se, para isso, o instrumental próprio para suas reorganizações, liquidando-se apenas as empresas inviáveis.” (TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. TEPEDINO, Ricardo. A disciplina jurídica das empresas em crise no Brasil: sua estrutura institucional. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova Série. São Paulo, Ano XL, n. 122, p. 172, abr./jun. 2001)

118 Conforme artigo 1º da Lei n.º 11.101/2005.

119 Sobre a função social da empresa, leciona RICARDO TEPEDINO: “Impossível esquecer-se de que a Constituição Federal eleva a função social da propriedade e a busca do pleno emprego à condição de princípios da atividade econômica (art. 170, III e VIII), assim como de que o art. 5º da Lei de Introdução manda aplicar a lei no sentido de atender aos fins sociais a qual ela se dirige e às exigências do bem comum. E não será destruindo centros de produção que essas normas serão observadas.” (TEPEDINO, p. 167)

120 Este é o entendimento de PAULO PENALVA SANTOS: “É evidente que a noção de viabilidade não se resume somente a uma apreciação financeira, mas é igualmente correto afirmar que uma empresa não pode ser considerada viável se não tem independência financeira de modo permanente, sem que tenha alcançado uma independência econômica.” (Loc. cit. p. 130).

121 Neste particular, destacamos o posicionamento de PAULO PENALVA SANTOS: “Porém, o que se verifica é que esse novo direito não pode ser utilizado de forma irrestrita, como se propõe o Projeto, pois a sua

Este é o entendimento de PAULO PENALVA SANTOS¹²², o qual, com propriedade aduz que, “é fundamental que na adoção de um plano de reorganização os custos com a conservação da empresa sejam inferiores aos custos com a liquidação.”

Ainda sobre o aspecto da necessidade de analisar, efetivamente, a viabilidade econômica da empresa em crise, podemos citar, como exemplo, um caso ocorrido nos Estados Unidos da América de uma empresa de aviação comercial (Pan Am – Pan American World Airways), que, os tribunais consideraram-na como viável economicamente, e, meses depois acabou desaparecendo do mercado, sem sequer cumprir com o plano de recuperação proposto e aprovado pelo juiz e por seus credores.¹²³

Isto é o que deve ser afastado de nosso meio jurídico, devemos adequar à legislação, que, novamente e infelizmente, foi omissa quanto à necessidade de

aplicação só seria oportuna quando os custos sociais com a conservação da empresa forem menores ao da sua liquidação.” (Ibidem, p. 128).

E ainda, corroborando de tal entendimento, destacamos a posição de RICARDO TEPEDINO que afirma: “Naturalmente, só se devem resguardar as empresas viáveis – as inviáveis devem ser liquidadas, do modo mais expedito e eficiente possível, Ademais, a aplicação desse princípio não pode se converter num sistema legal que, dando oportunidade à chicana de devedores inescrupulosos, ocasione a retração de crédito, com conseqüências funestas para a economia.” (Loc. cit., p. 167).

Corroborando, ainda, de tal entendimento, FÁBIO ULHÓA COELHO: “Para o bem da economia como um todo, os recursos – materiais, financeiros e humanos – empregados nessa atividade devem ser realocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza. Assim, a recuperação da empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo. Pelo contrario, 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 credores.” (COELHO. **Comentários à Nova Lei ...**, p. 117).

122 Loc. cit., p. 129.

Ainda sobre este aspecto: “... a recuperação da empresa deve ser um marco legal que permita, com os menores custos sociais possíveis, a reestruturação ou a liquidação de empresas ineficientes, permitindo o deslocamento desses fatores de produção para campos mais rentáveis.” (Ibidem, p. 133). Mais à frente, conclui o ilustre jurista: “Portanto, a aplicação do princípio da recuperação não é a única forma para modernizar o direito concursal. Ao contrário, na maioria dos casos, pode-se obter uma maior eficiência através de um processo de liquidação eficiente.” (Ibidem, p. 129)

123 Esta foi à conclusão chegada por THOMAS JACKSON, conforme citação de PAULO PENALVA SANTOS: O resultado desastroso constatado por Thomas Jackson revela que grande parte das empresas americanas reorganizadas na forma da lei, e que foram consideradas viáveis judicialmente duraram muito pouco no mercado. Isto é claro, sem considerar o elevado percentual das empresas que sequer conseguiram cumprir os planos de recuperação aprovados pelos credores e pelo juiz, como ocorreu com a PanAm.” (Idem)

traçar quais os aspectos analisáveis a fim de considerar viável ou não viável determinada empresa, a fim de garantir a plena efetividade do plano de recuperação empresarial.

Sobre a necessidade de serem traçados pontos a fim de considerar-se um padrão de empresa recuperável ou não, pronunciou-se THOMAS H. JACKSON:

“O direito moderno não pode desprezar a questão fundamental de se saber em que casos as empresas devem ser conservadas e em que hipóteses devem ser eliminadas. Esta questão, que o novo direito concursal não pode resolver mediante o estabelecimento de um critério rígido de seleção, requer ao menos a elaboração de um padrão de empresa recuperável, que contenha as condições mínimas compatíveis com o interesse social que se pretende conservar.”¹²⁴

Seguindo esta linha de raciocínio, o ilustre jurista FÁBIO ULHÔA COELHO, tentando suprir a ausência legislativa, apresenta um modelo para se aferir à viabilidade ou não de determinado empreendimento, o qual, resumidamente, transcrevemos abaixo:

“O exame da viabilidade deve ser feito, pelo Judiciário, em função de vetores como os seguintes:

Importância Social. A viabilidade da empresa a ser recuperada não é questão meramente técnica, que possa ser resolvida apenas pelos economistas e administradores da empresa. (...). Assim, para merecer a recuperação judicial, o empresário individual ou a sociedade empresária devem reunir dois atributos: ter potencial econômico para reerguer-se e importância social. (...);

Mão-de-obra e tecnologia empregadas. No atual estágio de evolução das empresas, por vezes esses vetores excluem, por vezes se complementam. (...). A equação relacionada a esses vetores no exame de viabilidade da empresa, por isso, nem sempre é fácil sopesar porque pode redundar um círculo vicioso: a recuperação da empresa tecnologicamente atrasada depende de modernização, que implica o fim de postos de trabalho e desemprego; mas se não for substituída à tecnologia em atenção aos interesses dos empregados, ela não se reorganiza.

Volume do ativo e passivo. (...). O volume do ativo e passivo de quem explora a empresa a recuperar é importante elemento da análise financeira de balanço, que se faz comparando pelo menos dois demonstrativos dessa espécie.

Tempo da empresa. Na aferição de viabilidade da empresa deve-se levar em conta a quanto tempo ela existe e está funcionando. (...). em outros termos, empresas muito jovens só devem ter acesso à recuperação judicial se o potencial econômico e a importância social que apresentam forem realmente significativas.

Porte econômico. Por fim, o exame de viabilidade deve tratar do porte econômico da empresa a recuperar. Evidentemente não se há de tratar igualmente as empresas

¹²⁴ Apud VALVERDE, p. 30.

desprezando o seu porte. (...).”¹²⁵

Outro ponto que merece ser ressaltado da definição legal de Recuperação Judicial é a sua segunda parte, no ponto em que o legislador explicita quanto à necessidade de preservar à empresa “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.”

Obviamente que os pontos acima ressaltados por nosso legislador referem-se aos elementos que, conjuntamente, inserem a empresa na conjuntura social e econômica do país, destacando-se a preocupação com a sua função social

Neste sentido, destacamos a lição de FÁBIO KONDER COMPARATO, citado por CELSO MARCELO DE OLIVEIRA, no sentido de que:

“Função, em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. Algumas vezes, interessados no exercício da função são pessoas indeterminadas e, portanto, não legitimadas a exercer pretensões pessoais e exclusivas contra o titular do poder. É nessas hipóteses, precisamente, que se deve falar em *função social* ou coletiva. A função social da propriedade não se confunde com as restrições legais ao uso e gozo dos bens próprios; em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos.”¹²⁶

Sob este prisma da função social exercida pela empresa, grande parte da doutrina acaba sempre a relacionando, tão somente, às grandes empresas, como se somente estas exercessem tal “função social”.

Entretanto, corroboramos do entendimento de que a função social não está ligada ao porte ou a grandeza da empresa (como empreendimento) posta sob análise, mas sim, no tocante aos impactos que sua bancarrota poderá causar sobre

125 COELHO, **Comentários à Nova Lei ...**, p. 128-130.

126 OLIVEIRA, **Comentários à Nova Lei ...**, p. 237.

os interesses da comunidade que dela dependem direta ou indiretamente¹²⁷.

Sobre este tema, porém sob outro enfoque, destacamos a explanação de MICHELAN e ARNOLDI, quando, inserindo a empresa na conjuntura econômica nacional, lecionam:

“Com o processo de globalização e regionalização da economia, a empresa passa a desempenhar papel fundamental na sociedade contemporânea. Dela depende, diretamente, a subsistência da maior parte da população ativa do Brasil e nos países desenvolvidos ou em desenvolvimento, É dessa instituição social que provém a grande maioria dos bens e serviços consumidos pelo mercado, além de prover o Estado da maior parcela de suas receitas fiscais.”¹²⁸

Extremamente relevante, portanto, na análise da viabilidade da recuperação judicial da empresa em crise a sua importância social, ou seja, o papel por si desempenhado quando examinado com a conjuntura donde está inscrita.

Expostos os elementos subjetivos e objetivos que autorizem determinados empresários ou sociedades empresárias a pleitearem sua recuperação judicial, convém determinar quais seriam os entes legitimados à postular tal instituto legal de recuperação empresarial.

De uma perfunctória análise dos dispositivos legais que tratam da questão, verifica-se que são legitimados ativos a postular a recuperação judicial o devedor (empresário e sociedade empresária) que exerça sua atividade a mais de dois anos, agregando-se, à tal condição, outras condições formais¹²⁹.

127 Importante estudo sobre este tema foi desenvolvido por FERNANDO NETTO BOITEUX, quando afirma que: “A tendência da doutrina é relacionar a função social às grandes empresas, às macro-empresas, na expressão cunhada por Fábio Comparato, na medida em que sua visibilidade facilita a compreensão do fenômeno. Todavia, a questão precisa ser analisada em outro sentido: é necessário verificar o impacto que a empresa tem sobre os interesses da comunidade para avaliar se ela tem, ou não, uma função social. O impacto sobre o meio ambiente, por exemplo, não tem relação direta com o tamanho da empresa, pois uma pequena empresa pode causar maior impacto que uma grande, dependendo de sua atividade.” (BOITEUX, p. 55-56).

128 ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Tais Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova Série. São Paulo, Ano XXXIX, n. 117, p. 157, jan./mar. 2000

129 Dispõe o artigo 48 da Lei n.º 11.101/2005 – “Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; III – não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; IV – não ter sido condenado ou não

Em suma, será legitimado ativo para o pleito de recuperação judicial aquele empresário ou sociedade empresária que for legitimado passivo para o procedimento de falência, uma vez que o indeferimento da recuperação judicial acarretará, obrigatoriamente, a decretação da falência da empresa postulante.¹³⁰

Assim, quanto à legitimidade ativa para o pleito de recuperação judicial a Nova Lei de Falências pouco inovou quando comparada ao Decreto-Lei 7.661 n.º 7.661/1945, sendo concebida apenas foi concebida com sutis modificações.

No tocante a sujeição dos credores ao processo de Recuperação Judicial, importante modificação foi promovida por nosso legislador, uma vez que, como regra, todos os credores existentes ao tempo da impetração do benefício da recuperação são por ela atingidos¹³¹.

Entretanto, exceções à regra foram previstas¹³². É o caso dos credores cujos créditos foram constituídos posteriormente à data da impetração¹³³ do pedido de Recuperação Judicial, onde tais obrigações devem ser, obrigatoriamente

ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei. Parágrafo único. A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.” (BRASIL, 2005)

130 O artigo 2º da Lei n.º 11.101/2005, exclui do rol dos legitimados ativos à impetração de Recuperação Judicial, as seguintes pessoas: a-) empresas públicas e sociedades de economia mista; b-) instituições financeiras públicas ou privadas; c-) cooperativas de crédito; d-) consórcios; e-) entidade de previdência complementar; f-) sociedade operadora de plano de assistência à saúde; g-) sociedade seguradora; h-) sociedade de capitalização; e, i-) outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

131 Como sabido no procedimento de Concordata somente os credores quirografários eram sujeitos aos seus efeitos, à teor do disposto no artigo 147 do Decreto Lei 7.661/1945 *in verbis*: “A concordata concedida obriga a todos os credores quirografários, comerciais ou civis, admitidos ou não ao passivo, residentes no país ou fora dele, ausentes ou embargantes.” (BRASIL, 1945)

132 Dispõe o artigo 49 da Lei n.º 11.101/2005 – “Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. (... omissis...) § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. § 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei.” (BRASIL, 2005)

133 Entende-se para a contagem deste prazo, a data da distribuição do pedido de recuperação judicial. (quando presente cartório distribuidor na comarca) ou, caso contrário, da data do primeiro despacho proferido pelo juiz singular.

adimplidas pelo devedor e dos créditos fiscais. Outras exceções são o proprietário fiduciário, o arrendador mercantil ou o negociante de imóvel (quando vendedor, promitente vendedor ou titular de reserva de domínio, sempre que haja cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade no instrumento contratual).

Credores excepcionados aos efeitos da recuperação judicial, também, são àqueles titulares de créditos por adiantamento de contratos de câmbio a exportadores (ACC), basicamente, instituições financeiras¹³⁴.

Sobre os fundamentos da exclusão de determinados credores, assim pronunciou-se FÁBIO ULHÔA COELHO:

“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 ou posições financeiras (fiduciário, *leasing* etc.) e os bancos que anteciparam recursos ao exportador em função de contrato de câmbio excluem-se dos efeitos da recuperação judicial para que possam praticar juros menores (com *spreads* não impactados pelo risco associado à recuperação judicial), contribuindo a lei, desse modo, com a criação do ambiente propício à retomada do desenvolvimento econômico.”¹³⁵

Situação privilegiada no procedimento de Recuperação Judicial obtiveram os credores por créditos de natureza trabalhista, os quais possuem prazos diferenciados para o adimplemento de seus créditos pelo devedor em crise¹³⁶.

Devemos mencionar, ainda, os credores não admitidos no processo

134 Conforme § 4º do artigo 49 c/c com o inciso II do artigo 86 da Lei n.º 11.101/2005, que dispõe: “Proceder-se-á à restituição em dinheiro: (...) II – da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei no 4.728, de 14 de julho de 1965, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente;...” (BRASIL, 2005)

135 .COELHO, **Comentários à Nova Lei ...**, p. 132.

136 Prescreve o artigo 54 da Lei n.º 11.101/2005: “O plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial. Parágrafo único. O plano não poderá, ainda, prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial.” (BRASIL, 2005)

Recuperação Judicial (e de falência) da empresa¹³⁷, que são os titulares de crédito derivado de obrigação gratuita e os titulares de crédito por despesas para tomar parte nos feitos falimentares.

Alguns importantes efeitos do despacho que manda processar a Recuperação Judicial estão previstos no artigo 6º da Nova Lei de Falências. Dentre eles destacamos a suspensão do curso da prescrição e de todas as ações e execuções individuais em face do devedor pelo prazo, improrrogável, de 180 (cento e oitenta) dias.

Referida medida é justificável, conforme leciona FÁBIO ULHÔA COELHO:

“Suspendem-se as execuções individuais contra o empresário individual ou sociedade empresária que requereu a recuperação judicial para que eles tenham o fôlego necessário para atingir o objetivo pretendido da reorganização da empresa. (...). A suspensão, aqui, tem fundamento diferente. Se as execuções continuassem o devedor poderia ver frustrados os objetivos da recuperação judicial, em prejuízo, em última análise, da comunhão de credores.”

Importante destacar, no entanto, que a suspensão não atinge as execuções fiscais propostas em face do devedor agraciado com o benefício da Recuperação judicial, as quais terão seu regular andamento, sendo, entretanto, facultada a sua inserção em programas de parcelamento de débitos fiscais instituídos pelo Governo.

5.2.1.2 – Da Natureza Jurídica da Recuperação Judicial

Como visto no Capítulo 3 do presente trabalho, a natureza jurídica do instituto da Concordata previsto no Decreto-Lei n.º 7.661/45 era classificada com

137 Conforme o artigo 5ª da Lei n.º 11.101/2005 *in verbis*: “Não são exigíveis do devedor, na recuperação judicial ou na falência: I – as obrigações a título gratuito; II – as despesas que os credores fizerem para tomar parte na recuperação judicial ou na falência, salvo as custas judiciais decorrentes de litígio com o devedor.”.Referido dispositivo possui correspondência com o artigo 23, parágrafo único do Decreto Lei n.º 7.661/1945, com pequenas modificação, o qual dispunha: “Parágrafo único. Não podem ser reclamados na falência: I - as obrigações a título gratuito e as prestações alimentícias; II - as despesas que os credores individualmente fizerem para tomar parte na falência, salvo custas judiciais em litígio com a massa; III - as penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas.” (BRASIL, 2005)

base na teoria da *concordata sentença*¹³⁸ a qual é abarcada pelas “Teorias Processualistas”, distinguindo-se das demais teorias clássicas, como as “Teorias Contratualistas” e a “Teoria da Obrigação Legal”

Importante destacar ainda, sobre as teorias acima mencionadas, que o legislador do Código de 1850, quando previa o procedimento denominado de moratória, instituiu este que antecedeu ao da Concordata que conhecemos, colocou nas mãos dos credores o futuro do devedor em crise, ficando caracterizado que a natureza jurídica de tal procedimento seria ligada à denominada teoria contratualista¹³⁹.

Desta forma, contrapondo-se o sistema existente no século passado, uma vez que o sistema previsto no Código de 1850 permaneceu vigente em nosso ordenamento jurídico até a edição do Decreto 5.647 de 1929 (onde se instituiu a concordata nos moldes que a conhecemos hoje), àquela previsto na Nova Lei de Falências, visualizamos, com facilidade, o resgate por nosso legislador ao sistema abarcado pela chamada “Teoria Contratualista”.

Tal conclusão é plenamente justificável, principalmente pela possibilidade de ingerência e participação efetiva dos credores no processo de Recuperação

138 Neste sentido, RUBENS REQUIÃO expôs, mais uma vez com a sabedoria que lhe era peculiar: “A concordata é, assim, uma demanda judicial que surge com a proposta do concordatário. O juiz, explica Rocco, antes de pôr fim à ação concursal, mediante o pagamento ou segurança de uma parte dos créditos e remissão de outra parte, deve examinar do modo mais amplo e com o mais livre juízo, independentemente da vontade da maioria, se é justificada a pretensão. Se responde ao escopo de utilidade de uma tal sentença, segundo o resultado desse exame, deve rechaçar a demanda do devedor comum, ainda que contra a vontade da maioria dos credores. Não é, por isso, a maioria dos credores aquela que constrange a minoria à conclusão de um contrato, mas a autoridade do Estado que, sob a força do direito, decide sobre a modalidade da ação de todos os credores. A obrigação da minoria reside, não na vontade da maioria, mas no poder que tem o juiz, segundo a Constituição (ob. cit., nº 59). A maioria, enfim, é obrigada não por uma vontade de contratar a ela imposta, ou dela extorquida, nem por uma vontade fictícia: todos os credores são sujeitos a um pronunciamento do juiz.” (REQUIÃO, p. 11).

Corroborando tal entendimento, PAULO SALVADOR FRONTINI: “A par da redação primorosa, e de meticulosa preocupação com a repercussão da falência sobre todas as relações jurídico-econômicas do devedor, teve a Lei de Falências [Dec. Lei 7.661/45] o mérito de inovar meritoriamente no tema da concordata, fugindo ao velho esquema da concordata-contrato para implementar o sistema da concordata-sentença.” (FRONTINI, p. 31-43).

139 LÍDIA VALÉRIO MARZAGÃO citando RUBENS REQUIÃO expôs que: “O Código Comercial de 1850 filiou-se, sob o império das doutrinas individualistas então dominantes, à teoria contratualista. Os credores é que concediam ou recusavam a concordata, como resultava do texto do art. 847.” (MARZAGÃO, p. 93).

Judicial, trazida na nova lei, principalmente no tocante, à constituição de Assembléias de Credores, onde estes atuarão junto à aprovação ou rejeição do plano de recuperação oferecido pelo devedor, sendo ainda possibilitado aos credores, em caso de rejeição do plano apresentado pelo devedor apresentarem o seu, a fim de que este seja levado à apreciação judicial para posterior deliberação¹⁴⁰.

Desta feita, com a participação e deliberação dos credores quanto ao futuro do devedor posto sob suas análises, tem-se que a natureza contratual da Recuperação Judicial é indiscutível, alterando-se, visivelmente quanto à natureza de concordata sentença prevista para o instituto da concordata anteriormente previsto do diploma legal falimentar anteriormente previsto.

5.2.1.3 – Dos Meios de Recuperação Judicial

O legislador pátrio, após um minucioso estudo sobre as dificuldades que atingem e que poderiam atingir a empresa nacional, apresentou um rol, meramente exemplificativo e não exaustivo, dos meios que o devedor poderia se utilizar para organizar um plano de reorganização e reestruturação empresarial.¹⁴¹

Desta forma, são relacionados como meios de recuperação judicial de empresas, conforme prescrição do artigo 50 da nova Lei¹⁴², *in verbis*:

140 É o entendimento de LÍDIA VALÉRIO MARZAGÃO: “Assim, verifica-se que a partir da vigência desta nova Lei, estaremos resgatando um sistema já adotado em nosso País no século passado e não haverá mais dúvida quanto à natureza contratualista da recuperação judicial, que a princípio, obriga a participação efetiva de todos os credores representados em assembléia geral de credores, que terão o poder de aprovar ou não o plano de recuperação apresentado pelo devedor.” (Ibidem, p. 94).

141 Este é o entendimento de LÍDIA VALÉRIO MARZAGÃO: “As dificuldades que atingem uma empresa são de tão diferentes ordens e complexidade que se torna impossível um diploma legal exauri-las. Neste diapasão, a nova Lei, de forma positiva, e após ampla discussão com os mais diversos segmentos da sociedade brasileira, delineia algumas formas de recuperação, trazendo uma relação não exaustiva, de meios que o devedor poderá se utilizar para organizar um plano de reestruturação da empresa.” (Ibidem, p. 95).

142 Muito bem explicitado por LÍDIA VALÉRIO MARZAGÃO: “Além desses meios apresentados pelo legislador, o devedor poderá apresentar outros com características e formas diferenciadas que melhor atendam suas necessidades, uma vez que o legislador deixa ao livre-arbítrio do devedor expor a forma pela qual ele 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. Ele deverá demonstrar importância do objeto social no meio em que se encontra e sua capacidade

“Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

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

Assim, como exposto anteriormente, o devedor poderá utilizar, de forma isolada ou conjunta, tais meios para o fim de recuperar-se economicamente. Poderá, inclusive, utilizar-se de outros meios, entretanto, sempre deverá estar atento às observações previstas nos §§ 1º e 2º da nova Lei, os quais dispõem:

“§ 1º - Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

§ 2º - Nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial será conservada como parâmetro de indexação da correspondente obrigação e só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação judicial.”

de honrar os compromissos, demonstrando possibilidades de reerguer a empresa que atravessa em crise de liquidez temporária.” (Idem)

Frisa-se, entretanto, que o Plano de Recuperação apresentado pelo devedor, deverá conter a solução integral de seu passivo, sem o qual se estaria beneficiando alguns credores em detrimento dos demais, situação esta não condizente com as disposições e com o intuito do legislador ao instituir tais meios de preservação e reorganização das empresas.

Ainda, sobre o aspecto dos meios de recuperação judicial de empresas previstos neste novo Diploma falimentar, destaca-se a intenção estampada em nosso legislador da década de 70 do século passado, entretanto, com o escopo de ampliar e estimular o crescimento empresarial nacional, cuja observação foi sabidamente aviltada por FÁBIO KONDER COMPARATO, com o seguinte sentido:

“regulamentando o Dec.-lei 1.246, de 1974, relativo aos estímulos fiscais para concentração de empresas, o Dec. 75.247, de 21.1.75, considerou de interesse para a economia nacional as fusões, incorporações e outras formas de combinação ou associações de empresas, cujos objetivos atendam não só ao fortalecimento de pequenas e médias empresas e à integração das atividades com economia de escala, como também o fortalecimento do sistema financeiro nacional; a conquista, ampliação ou manutenção dos mercados externos; a instalação ou modernização de empreendimentos agroindustriais e aqueles destinados à produção de seus insumos e implementos; a instalação ou modernização de empreendimentos para a produção de bens de capital”¹⁴³

Diante do todo o acima colocado, percebe-se, claramente, a intenção do legislador pátrio no sentido de flexibilizar os meios de recuperação, com o fito de possibilitar ao devedor à retomada de suas atividades com sua efetiva recuperação e preservação.

Assim, pela diversidade de meios de recuperação relacionados na nova legislação de maneira, repita-se, meramente, exemplificativa, convém, neste momento traçarmos uma idéia geral sobre alguns deles, os quais consideramos como relevantes e aplicabilidade imediata e efetiva.

A-) Negociação de Prazos de Condições para Pagamento

¹⁴³ COMPARATO, A reforma da empresa. *Revista de Direito ...*, p. 61.

A renegociação de prazos e de condições para pagamento, parece-nos, quem sabe, o modelo que será mais utilizado pelo devedor em crise a fim de buscar sua reestruturação, uma vez que, na grande maioria dos casos, as intempéries da atividade empresarial causam a chamada crise de liquidez, sendo esta intimamente relacionada ao não pagamento das dívidas nas datas aprazadas.

O re-parcelamento e a dilação no prazo para o pagamento das dívidas, oportunidade esta em que poderão ser tratadas, além de novos prazos para o pagamento das obrigações contraídas pelo devedor, as taxas de juros, apresenta-se como a mais eficiente forma de reestruturação para a uma empresa em crise de liquidez (insuficiência de caixa para o adimplemento das obrigações pontualmente).

Tal meio de recuperação foi amplamente utilizado no Brasil enquanto empresários encontravam-se sob o regime de Concordata Preventiva à beira da legalidade, uma vez que, através de instrumentos contratuais de cessão de crédito, os créditos pertencentes aos credores quirografários sujeitos ao “favor legal” concedido, eram adquiridos por terceiros (pessoas físicas ou jurídicas) ligados à concordatária, praticando uma ampla renegociação da dívida, inclusive quanto ao valor da própria dívida, obtendo, por vezes a remissão de parte dela, ou exclusão dos juros legais e da correção monetária, bem como, procrastinando o pagamento desta, algumas vezes, em muitos e muitos anos, obviamente que superiores àqueles 02 (dois) anos previstos para o encerramento do procedimento de Concordata Preventiva.¹⁴⁴

No entanto, enquanto vigente a antiga legislação falimentar, tal

144 Corroborando de tal entendimento, NICOL e SANNA, explicitam que: “Na concordata, os acordos com credores quirografários eram efetuados à margem da lei, com o artifício das cessões de crédito, subterfúgio largamente utilizado e do conhecimento de todos, mas em desacordo com o princípio da lei. A Lei das Concordatas determinava que acordos isolados eram caracterizados por privilégios a credores, sendo a empresa, por este ato, passível de ter sua falência decretada.” E continuam: “A realidade é que estes acordos “em paralelo” eram a única forma de dar sobrevida à maioria das empresas. Mesmo porque, o prazo de 24 meses, por si só, não era suficiente para a recuperação da grande maioria das empresas concordatárias.” (NICOL, Donald Mac; SANNA, Murched Badih. Plano de Recuperação. In MACHADO, Rubens Approbato (coord.). **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo : Quartier Latin, 2005. p. 165-166)

procedimento era realizado paralelamente ao processo judicial de concordata e sem qualquer interferência do Poder Judiciário nos mesmos, o que de fato foi alterado pela nova legislação que trouxe estas práticas comerciais ao crivo da fiscalização do Juiz.

Desse modo, da mesma forma que antigamente com as malfadadas “cessões de crédito” os devedores (empresários e sociedades empresárias) conseguiam superar a crise em que se encontravam, acredita que este meio, agora enquanto componente do procedimento de Recuperação Judicial de Empresas possa garantir ao devedor êxito em sua recuperação empresarial.

B-) Cisão, Incorporação, Fusão

Outro meio de Recuperação que, certamente, proporcionará ao devedor à possibilidade de sua preservação e reestruturação, são as alterações societárias de cisão, incorporação e fusão.

Na cisão ocorre a transferência do ativo e do passivo da sociedade cindida para outras sociedades criadas especificamente para este fim ou já existentes, podendo àquela deixar de existir. Importante destacar que a cisão pode ser total (extinção da sociedade cindida) ou parcial (onde parte dos ativos e/ou dos passivos fica com a sociedade cindida, transferindo-se somente parte do patrimônio para outras sociedades).

Sobre a alteração do contrato social denominada cisão, prevê SÉRGIO CAMPINHO:

“A cisão é a operação na qual uma sociedade transfere, para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, parcelas de seu patrimônio. Verificando-se a versão de todo o seu patrimônio, a sociedade restará extinta, qualificando-se a cisão de total; sendo a versão parcial, a sociedade não se extingue, ocorrendo a divisão de seu capital, nominando-se o evento, nesse caso, de cisão parcial.”¹⁴⁵

¹⁴⁵ CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 291-292. Importante a leitura de ANAN JUNIOR, Pedro. **Fusão, cisão e incorporações de**

Por outro lado, na incorporação também ocorre o desaparecimento da sociedade incorporada, porém seu ativo e passivo é integralmente absorvido por outra sociedade.

Leciona CELSO MARCELO DE OLIVEIRA:

“No que tange a Incorporação societária temos uma operação em que uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e encargos. A incorporação (merger, no direito inglês) é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. A incorporação não dá origem a uma nova sociedade, pois a incorporadora absorve e sucede a uma ou mais sociedades. Por outro lado não ocorre, na incorporação, uma compra e venda, mas a agregação do patrimônio da sociedade incorporada ao patrimônio da incorporadora, com sucessão em todos os direitos e obrigações.”¹⁴⁶

Por fim, destacamos que na alteração societária denominada fusão, duas ou mais sociedades já existentes se unem (inclusive seus ativos e passivos, controle societário entre outros), para formar uma nova sociedade diferente das fundidas, as quais, da mesma forma que nos modelos anteriores, deixa de existir.

De acordo com as disposições previstas no Código Civil de 2002, CELSO MARCELO DE OLIVEIRA explicita que:

“No Novo Código Civil Brasileiro temos que a fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações. A fusão será decidida, na forma estabelecida para os respectivos tipos, pelas sociedades que pretendam unir-se. Em reunião ou assembléia dos sócios de cada sociedade, deliberada a fusão e aprovado o projeto do ato constitutivo da nova sociedade, bem como o plano de distribuição do capital social, serão nomeados os peritos para a avaliação do patrimônio da sociedade. Apresentados os laudos, os administradores convocarão reunião ou assembléia dos sócios para tomar conhecimento deles, decidindo sobre a constituição definitiva da nova sociedade. É vedado aos sócios votar o laudo de avaliação do patrimônio da sociedade de que façam parte. Constituída a nova sociedade, aos administradores incumbe fazer inscrever, no registro próprio da sede, os atos relativos à fusão.”¹⁴⁷

Esses meios de recuperação constituem instrumentos com objetivos de

sociedades – teoria e prática. São Paulo : Quartier Latin, 2004 e BULGARELLI, Waldirio. **Fusões, incorporações e cisões de sociedades.** São Paulo : Atlas. 1996.

146 OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Direito empresarial à luz do Código Civil brasileiro.** Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3807>
Acesso em: 01 fevereiro 2005.

147 Idem.

fortalecer, expandir e proteger a empresa, mantendo sua competitividade, operacionalidade e empregos.

Sobre este aspecto, convém mencionarmos a opinião de ROBERTO MINADEO¹⁴⁸, o qual entende que as operações de fusão, cisão e incorporação de empresas possuem um importante papel na estratégia empresarial e também na dinâmica da economia uma vez que “[...] possibilitam uma solução de mercado para empresas que enfrentam dificuldades financeiras, e que viriam a enfrentar problemas muito maiores caso não fossem adquiridas.”

C-) Substituição dos Administradores

É sabido que, principalmente, nas empresas tidas como “familiares”, nas quais o administrador é normalmente o sócio fundador da empresa, quando em estado de profunda crise econômico-financeira, dificilmente ocorrerá à alteração em seu quadro de administradores, fato este que acaba por dificultar sobremaneira sua recuperação, tornando-a praticamente inviável.

Fatores internos têm grande repercussão no desempenho da empresa, sendo que uma das principais causas de sua crise, parte de sua inadequada administração.

Importante destacar que a utilização deste meio de recuperação, assim designado pela nova legislação, não poderá se dar de forma individualizada, uma vez que a simples troca dos administradores, por si só, não ocasionará, por exemplo, a dilação de prazos para pagamento e remissão de dívidas.

Assim, este “meio de recuperação”, sempre que for utilizado com o fim de obter-se a recuperação da empresa em crise, deverá ser em conjunto com outro.

Entretanto, podemos analisar que algumas vezes, a “simples troca” dos administradores já causa um impacto positivo no mercado e principalmente nos

148 MINADEO, Roberto. **Fusões e aquisições no varejo alimentar**. 20 de janeiro de 2001. Disponível em: http://www.varejista.com.br/novo_site/desc_materia.asp?id=1788. Acesso em: 15 fevereiro 2005.

credores, possibilitando, quase que imediatamente a abertura de um plano de renegociação das dívidas existentes através do diálogo entre o novo administrador, com outra visão do negócio e, geralmente, com outra forma de administração em busca do saneamento da empresa.

D-) Redução Salarial e de Jornada de Trabalho e Compensação de Horas

Os gastos com pessoal são considerados no meio empresarial nacional como um grande peso nos custos da empresa.

Contribuições previdenciárias e com o fundo de garantia por tempo de serviço, dentre outros, são ônus que, necessariamente a empresa deve arcar e todos eles estão relacionados com seus empregados.

Por tais motivos, as reduções da jornada de trabalho e dos salários dos trabalhadores, podem, efetivamente, serem consideradas meios de recuperação da empresa em crise, uma vez que, com tais medidas reduzir seus gastos operacionais e com isso equalizar suas contas.

Importante, no entanto, destacar que a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 7º e incisos VI e XIII¹⁴⁹, prescreve sobre a redutibilidade salarial e duração do trabalho (jornada de trabalho), respectivamente, como sendo direitos do trabalhador, porém, prevendo, ainda, que ambos os direitos poderão ser alterados através “*convenção ou acordo coletivo*”.

Assim, prevê a Constituição Federal que poderá ser reduzido o salário do trabalhador ou sua jornada de trabalho, inclusive utilizando-se da compensação de jornadas, através das Convenções Coletivas de Trabalho (relação negocial havida entre o sindicato patronal e o sindicato dos empregados – Sindicato e Sindicato) e

149 Constituição Federal de 1988 – “Artº 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (... omissis...); VI – irredutibilidade de salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; (... omissis...); XIII – duração do trabalho normal não superior a 8 horas diárias e 44 semanais, facultada compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.” (BRASIL, 1988)

dos Acordos Coletivos de Trabalho (relação negocial havida entre o Sindicato dos Trabalhadores e o empresário e/ou sociedade empresária – sindicato e “empresa”).

Destaca-se, ainda, que a redução de salário e da jornada de trabalho vem sendo utilizada corriqueiramente pelas empresas e sindicatos representativos de classes há muito tempo¹⁵⁰, o que se mostrando como um meio eficaz para a reorganização e preservação do empresário e da sociedade empresária.

Sobre este tema, destacamos o posicionamento de CELSO MARCELO DE OLIVEIRA:

“Assim, reduzir salários e aumentar ou reduzir a carga horária dos trabalhadores traduzem-se como uma forma de manter os empregos dos funcionários da empresa em recuperação judicial. Os atos trabalhistas envolvem a discussão sobre o piso salarial, a equiparação salarial, o pagamento diferenciado de horas extras e a concessão obrigatória de benefícios.”

Desta forma, pela experiência de êxito já comprovada em nosso cotidiano de tal meio de reorganização da empresa, acredita-se que tais negociações, agora sob a forma de “meio de recuperação judicial de empresas”, sejam largamente utilizadas pelos empresários e sociedades empresárias em estado de crise econômico-financeira.

E-) O Arrendamento do Estabelecimento

O estabelecimento empresarial, com todo o maquinário e pessoal técnico empregado em seu funcionamento, quando, administrado por outro profissional, poderá obter êxito em suas atividades.

Assim, esse meio de recuperação judicial importa na mudança de titularidade ou na direção do estabelecimento empresarial da sociedade empresária em crise, transferindo-se a controle de tal patrimônio a um terceiro interessado.

Tal possibilidade, ocorre atualmente, principalmente no tocante às

150 Por exemplo entre as grandes empresas automobilísticas localizadas na Grande São Paulo como Volkswagen do Brasil e General Motors do Brasil.

empresas falidas, quando, muitas vezes, os trabalhadores que se viram sem perspectivas no mercado de trabalho, organizam-se na forma de cooperativas e arrendam o parque industrial da massa falida dando continuidade às suas atividades, mas, destacando-se, como outra pessoa jurídica, totalmente diversa daquela insolvente.

Em contraprestação à cessão de tal estabelecimento, reverte-se à empresa arrendadora uma remuneração que, muitas vezes, é calculada sobre o faturamento da empresa arrendatária.

Importante, destacar, que no arrendamento, não acontece a transferência do patrimônio arrendado à arrendatária, mas tão somente sua cessão (Direito de uso da coisa e de recebimento de seus frutos).

Anteriormente, tal medida quando praticada por empresários ou sociedades empresárias em concordata preventiva, seria causa de sua imediata rescisão e convolação em falência, não sendo, por este motivo, aplicável aos institutos de recuperação empresarial anteriormente previstos.

Hoje, em conjunção com outros meios de recuperação, o arrendamento do estabelecimento poderá garantir uma plena e efetiva recuperação da atividade empresarial, uma vez que, esta é a finalidade da nova legislação, pouco importando a posição do empresário controlador, mas sim a continuidade das atividades da empresa.

F-) Dação em Pagamento ou Novação de Dívidas

A dação em pagamento trata-se de modalidade em que o credor aceita em receber do devedor um bem móvel ou imóvel em substituição da pecúnia para fins de pagamento de dívidas.

Esta modalidade de pagamento de obrigações não era prevista na antiga Lei de Falências quando se tratava do instituto da concordata, fato este que, acarretou a quebra de inúmeras empresas nacionais que buscaram o adimplemento

das obrigações sujeitas aos efeitos da concordata através do negócio jurídico de dação em pagamento¹⁵¹.

Já a novação de dívidas, trata-se da criação, pelo devedor, de novas obrigações perante os credores, em substituição às obrigações anteriores. É um dos principais efeitos da chamada renegociação de dívidas, onde são apurados novos valores e novos prazos de pagamento, acarretando, em consequência, em uma nova obrigação.

Sobre a novação, dispõe o artigo 360 do novo Código Civil, *in verbis*:

“Art. 360 - Dá-se a novação:

I – quando o devedor contrai com credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior;

II – quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor;

III – quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando quite com este.”

Ambos os meios acima colocados, já se mostraram na prática de mercado atual, serem eficientes instrumentos de recuperação empresarial, razão pela qual acreditamos que suas previsões no novo Diploma Falimentar garantirão maior segurança jurídica aos credores que aceitarem estes meios como àqueles que contribuirão à recuperação empresarial do devedor em crise.

G-) Usufruto da Empresa

Este meio de recuperação tem previsão em nosso ordenamento jurídico nos artigos 716 a 729 do Código de Processo Civil.

O usufruto da empresa é previsto para os casos em que o mesmo reputar

¹⁵¹ Sobre este aspecto, destacamos o caso da empresa paranaense, BERNARD KRONE DO BRASIL – INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE VEÍCULOS INDUSTRIAIS E MÁQUINAS AGRÍCOLAS LTDA. que, quando em procedimento de concordata preventiva ofereceu um bem imóvel de valor compatível com suas obrigações quirografárias para fins de encerramento do benefício da concordata a si deferido.. Apesar da maioria dos credores ter aceitado, expressa ou tacitamente, referida dação, alguns credores manifestaram-se contrários a pretensão da concordatária, fato este que levou a bancarrota de aludida empresa, que chegou à ser a 2ª maior empresa fabricante de carretas rodoviárias do país na década de 90 do século passado. (Autos de Concordata Preventiva convolada em Falência registrados sob o n.º 232/1999 em trâmite perante a 02ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, Estado do Paraná).

ser menos gravoso ao devedor e eficiente para o recebimento da dívida pelo credor.

Assim, entende-se que com a possibilidade do devedor em crise, conceda aos seus credores o usufruto de sua empresa até a satisfação de seus haveres é, no mínimo, promissora.

Porém, entendemos que tal concessão é um tanto quanto cômoda ao devedor, que transferirá aos credores a responsabilidade do sucesso ou do insucesso de seu empreendimento, porém, restando o mesmo sob sua propriedade. Ou seja, o que pode ocorrer neste caso, é uma grande perda de tempo em detrimento dos credores, que decorridos alguns meses de aludido usufruto, poderão não ter recebido sequer um centavo do crédito que lhes é devido pelo devedor em crise.

Desta forma, acredita-se que este meio de recuperação deva ser aplicado em conjunto com outro, quem sabe com a redução dos salários e da jornada de trabalho, a fim de se equacionar as despesas operacionais do devedor e, por conseguinte, obter-se rendimentos com a atividade.

5.2.1.4 – Do Procedimento da Recuperação Judicial

Postas assim as coisas, partiremos à análise procedimental do instituto da Recuperação Judicial, destacando-se as principais alterações trazidas pelo legislador infraconstitucional através do novo diploma falimentar.

5.2.1.4.1 – Do Pedido e dos Efeitos de seu Deferimento

O pedido de recuperação judicial do devedor deverá ser impetrado perante o foro onde o mesmo possuir seu principal estabelecimento¹⁵².

Na petição inicial de Recuperação Judicial, nos termos do artigo 51 da

¹⁵² Dispõe o artigo 3º da Lei n.º 11.101/2005 – “É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.” (BRASIL, 2005)

nova legislação, o devedor deverá apresentar de maneira clara e precisa as causas concretas da sua situação patrimonial e dos motivos que levaram à crise econômico-financeira, que justifique o socorro ao remédio legalmente previsto.

Como visto anteriormente, a fim de verificar a viabilidade da empresa em estado de crise, deve o devedor, quando da apresentação de seu pedido, comprovar sua viabilidade, demonstrando sua importância social e econômica, a mão de obra e tecnologia aplicadas, volume do ativo e do passivo, tempo de empresa e porte econômico¹⁵³.

Além da exposição dos motivos ensejadores do pedido de Recuperação Judicial, deverá o devedor apresentar os seguintes documentos:

- Demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de: a) balanço patrimonial; b) demonstração de resultados acumulados; c) demonstração do resultado desde o último exercício social; d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção;
- Relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;
- Relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento;

¹⁵³ Nos moldes das diretrizes abordadas pelo ilustre jurista COELHO, apontadas nas páginas 57-58 do presente estudo.

- Certidão de regularidade perante o Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;
- Relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;
- Os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;
- Certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial;
- Relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.

Importante ressaltar que a apresentação de todos os documentos acima relacionados constitui requisito essencial para o deferimento do pedido de Recuperação Judicial, podendo, no caso de ausência de qualquer deles, ser decretada a falência do devedor.

Uma vez regularmente instruído o pedido de Recuperação Judicial, cumpridos os requisitos formais de seu regular processamento, sendo legítimo o postulante, quando do deferimento de tal benefício, o mesmo gerará efeitos diversos, principalmente à pessoa do devedor favorecido. Vejamos os principais efeitos:

- Suspensão, pelo prazo de 180 dias, a contar do deferimento do pedido de Recuperação Judicial de todas as ações e execuções individuais movidas em face do devedor, com as devidas exceções, conforme demonstrado anteriormente;
- Proibição quanto à alienação de bens ou direitos do ativo permanente do devedor, sem a devida ouvida do Comitê de credores, e com a

exceção de que tal alienação estaria previamente acordada no Plano de Recuperação¹⁵⁴;

- O devedor beneficiado mantém-se na administração de seus bens, devendo, no entanto, apresentar contas de sua gestão mensalmente;
- Os endividamentos do devedor durante o período que estiver em Recuperação Judicial, desde que autorizados judicialmente e pelo Comitê de Credores, em caso de convolação da Recuperação em Falência, serão considerados, para todos os efeitos, como extra-concursais¹⁵⁵;
- Deverá ser acrescida ao nome empresarial do devedor a expressão “em Recuperação Judicial” em todos os atos, contratos e documentos por este firmados.

Cumpre-nos destacar, ainda, que no mesmo ato em que o magistrado deferir o processamento da Recuperação Judicial, deverá nomear Administrador Judicial.

O Administrador Judicial no procedimento de Recuperação Judicial substituiu a pessoa do Comissário, possuindo como principal função a de fiscalização das atividades do devedor, bem como, o cumprimento das disposições legalmente previstas e do plano de recuperação instituído.

Desta feita, verifica-se que no procedimento de Recuperação Judicial, na verdade, o Administrador Judicial não exerce funções ligadas à administração de Empresas, como muito bem salientou FÁBIO ULHÔA COELHO:

”Na verdade, na recuperação judicial, o auxiliar do juiz não é, na maioria das vezes,

154 Conforme prescrição do artigo 66 da Lei n.º 11.101/2005 – “Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo evidente utilidade reconhecida pelo juiz, depois de ouvido o Comitê, com exceção daqueles previamente relacionados no plano de recuperação judicial.” (BRASIL, 2005)

155 Conforme prescrição do caput do artigo 67 da Lei n.º 11.101/2005 – “Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcurais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.” (BRASIL, 2005)

administrador de nada. Exceto nas raras vezes em que os administradores da sociedade em recuperação são destituídos pelo juiz, e mesmo assim enquanto os credores não elegem o gestor judicial, o assim chamado administrador judicial não exerce nenhuma função administrativa, não tem ingerência nenhuma na gestão da empresa explorada pelo requerente do benefício.”¹⁵⁶

Por fim, além dos efeitos tratados acima, cumpre-nos destacar que o deferimento do processamento da recuperação Judicial, obriga o devedor à apresentação de contas demonstrativas mensais, enquanto durar o período de recuperação, sob a gravíssima pena, qual seja: a destituição de seus administradores.

5.2.1.4.2 – Do Plano de Recuperação

A partir da publicação da decisão que deferiu o processamento de sua Recuperação Judicial, deverá o devedor apresentar seu Plano de Recuperação, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, o qual constará, obrigatoriamente, de:

- Discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo;
- Demonstração de sua viabilidade econômica;
- Laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

Ponto de relevante destaque é o fato de que a nova legislação não prevê prazos máximo e mínimo para o cumprimento do plano de recuperação, porém tece ressalvas no tocante ao adimplemento dos créditos de natureza trabalhista, quais sejam:

- O plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data

¹⁵⁶ COELHO, *Comentários à Nova Lei ...*, p. 64-65.

do pedido de recuperação judicial.

- O plano não poderá, ainda, prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial.

Importante destacarmos nesta oportunidade, que o plano de recuperação deverá ser apurado com base numa detida e minuciosa análise do contexto econômico-financeiro que a empresa em estado de crise se enquadra¹⁵⁷. Com tal análise, será possível elaborar um Plano de efetiva recuperação da empresa, onde, através da conjugação de diversos mecanismos de parcelamento, remissão de débitos, cisão, fusão, entre outros meios de reestruturação e reorganização empresarial, será possibilitada a satisfatória retomada dos negócios do empresário em crise, e, conseqüentemente, com o cumprimento de referido plano¹⁵⁸.

Relevante a função do Plano de Recuperação uma vez que será através dele que o objetivo da recuperação judicial, qual seja, da preservação e reorganização da empresa em estado de crise econômico-financeira, será implementado.

Sobre o objetivo do Plano de Recuperação, pertinente a idéia apresentada por SANNA e NICOL¹⁵⁹, os quais explicitam que “o plano de recuperação judicial tem o objetivo de possibilitar a recuperação de empresas com dificuldades de ordem financeira, que possam ser superadas mediante o planejamento de suas operações e a negociação de débitos com seus credores.”

157 Com tal entendimento, PAULO PENALVA SANTOS: “Portanto, 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”. (SANTOS, p. 130)

158 Assim, doutrina CELSO MARCELO DE OLIVEIRA: “Em termos, a negociação com os fornecedores é importante não apenas para o sucesso do plano, para o funcionamento do negócio. Caso as negociações entre a empresa devedora e seus fornecedores não sejam iniciadas imediatamente após o pedido de recuperação judicial, haverá sério risco de interrupção de fornecimento. E, ainda, muitos fornecedores poderão lançar mão do benefício judicial de pedir a restituição dos créditos ou mercadorias entregues à véspera do pedido de recuperação judicial. Isso comprometeria o nível de caixa e estoque da empresa e poderia levar ao colapso das atividades por falta de insumos ou matéria-prima.” (OLIVEIRA, Comentários à Nova Lei ..., p. 298)

159 NICOL, p. 166.

Ainda, neste sentido, convém destacarmos a disposição encartada no artigo 60 da nova legislação, com a qual a importância da recuperação judicial é realçada, uma vez que desonera os bens objeto de alienação judicial de filial ou unidade produtiva isolada para o cumprimento do plano de recuperação da sucessão tributária e trabalhista, até mesmo porque o devedor em recuperação judicial poderá fazer uso de modalidade diversa de parcelamento fiscal, eventualmente instituída por lei específica.

Importante frisarmos que o Plano de Recuperação, por este novo modelo imprimido em nosso direito falimentar, deve passar pelo crivo da assembléia de credores, onde se aprovará ou rejeitará tal plano.

Assim, pela relevante função de tal entidade criada pela nova legislação, imprescindível sua análise individualizada.

5.2.1.4.3 – Da Assembléia Geral de Credores

Tal entidade foi prevista em nossa nova legislação falimentar, a fim de garantir uma efetiva e geral participação dos credores com o procedimento de Recuperação Judicial impetrado por seu devedor.¹⁶⁰

A Assembléia Geral de Credores está prevista no artigo 35 da Nova Lei de Falências¹⁶¹, atuando no procedimento de Recuperação Judicial com as seguintes

160 “Num primeiro momento, a assembléia de credores teria a atribuição primordial de construir bases sólidas para um amplo plano de recuperação judicial, buscando preservar a maior representatividade possível, com a participação de expressivo número de credores desde o início do processo. Tal procedimento traz a importante vantagem de valorizar as práticas de mercado, cujos conceitos de governança corporativa tendem a propiciar um ambiente mais favorável à recuperação da empresa, na medida em que os credores se envolvem e se vinculam, elevando a probabilidade de se comprometerem com a construção da proposta desde a sua concepção.” (FALCÃO, Guilherme Jurema; ANDRADE JUNIOR, Milso Nunes de. **O novo direito concursal brasileiro: uma visão crítica**. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 356, 28 jun. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5394>) Acesso: 13 junho 2005.

161 Este é o entendimento de CELSO MARCELO DE OLIVEIRA: “A criação da Assembléia Geral de Credores é uma importante novidade que nos aproxima do padrão internacional. Uma vez que a experiência de outros países relativa à aprovação de um plano de recuperação recomenda que essa decisão seja de uma assembléia de credores - os clientes, os credores de créditos trabalhistas, os fornecedores, os bancos.” (OLIVEIRA, Celso Marcelo. **Recuperação judicial das concessionárias de serviços aéreos e uma análise do processo da empresa Varig**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 3, nº 133. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=694>. Acesso: 05 agosto 2005)

atribuições:

- “Art. 35 – A assembléia-geral de credores terá por atribuições deliberar sobre:
- I – na recuperação judicial:
- a) aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor;
 - b) a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição;
 - c) (VETADO)
 - d) o pedido de desistência do devedor, nos termos do § 4o do art. 52 desta Lei;
 - e) o nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor;
 - f) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores;
- (... omissis...)”

Verifica-se, portanto, pela leitura do dispositivo acima transcrito, que através da organização de assembléia, será garantido aos credores o poder de deliberação sobre o destino do devedor, aprovando ou rejeitando o plano de recuperação apresentado, bem como apresentando plano de recuperação alternativo caso mostre-se conveniente¹⁶².

Cumprido salientar, ainda, a função fiscalizatória que assume referida Assembléia, uma vez que cabe a ela deliberar sobre a constituição do Comitê de Credores¹⁶³, inclusive, no tocante à escolha de seus membros.

Sobre este aspecto, importante esclarecer as funções do afamado Comitê de Credores no procedimento de Recuperação Judicial, as quais estão previstas no

162 Assim, pronunciou-se JORGE LOBO: “A nova ‘Lei de Recuperação da Empresa’ prevê, taxativamente, que a decisão da assembléia geral, convocada, instalada e realizada de acordo com as prescrições legais, se torna obrigação a todos os credores sujeitos à ação de recuperação judicial. Inclusive aos que não compareceram ao conclave, aos que, embora presentes, se abstiveram de votar e aos dissidentes. (LOBO, Jorge. **Revista Consultor Jurídico**, 4 de março de 2005. disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/33339,1>> Acesso: 15 de julho 2005)

163 Prevê o artigo 26 da Lei n.º 11.101/2005 – “Art. 26. O Comitê de Credores será constituído por deliberação de qualquer das classes de credores na assembléia-geral e terá a seguinte composição: I – 1 (um) representante indicado pela classe de credores trabalhistas, com 2 (dois) suplentes; II – 1 (um) representante indicado pela classe de credores com direitos reais de garantia ou privilégios especiais, com 2 (dois) suplentes; III – 1 (um) representante indicado pela classe de credores quirografários e com privilégios gerais, com 2 (dois) suplentes. § 1o A falta de indicação de representante por quaisquer das classes não prejudicará a constituição do Comitê, que poderá funcionar com número inferior ao previsto no caput deste artigo. § 2o O juiz determinará, mediante requerimento subscrito por credores que representem a maioria dos créditos de uma classe, independentemente da realização de assembléia: I – a nomeação do representante e dos suplentes da respectiva classe ainda não representada no Comitê; ou; II – a substituição do representante ou dos suplentes da respectiva classe. § 3o Caberá aos próprios membros do Comitê indicar, entre eles, quem irá presidi-lo.” (BRASIL, 2005)

artigo 27 da nova legislação falimentar, *in verbis*:

“Art. 27. O Comitê de Credores terá as seguintes atribuições, além de outras previstas nesta Lei:

I – na recuperação judicial e na falência:

- a) fiscalizar as atividades e examinar as contas do administrador judicial;
- b) zelar pelo bom andamento do processo e pelo cumprimento da lei;
- c) comunicar ao juiz, caso detecte violação dos direitos ou prejuízo aos interesses dos credores;
- d) apurar e emitir parecer sobre quaisquer reclamações dos interessados;
- e) requerer ao juiz a convocação da assembléia-geral de credores;
- f) manifestar-se nas hipóteses previstas nesta Lei;

II – na recuperação judicial:

- a) fiscalizar a administração das atividades do devedor, apresentando, a cada 30 (trinta) dias, relatório de sua situação;
 - b) fiscalizar a execução do plano de recuperação judicial;
 - c) submeter à autorização do juiz, quando ocorrer o afastamento do devedor nas hipóteses previstas nesta Lei, a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e outras garantias, bem como atos de endividamento necessários à continuação da atividade empresarial durante o período que antecede a aprovação do plano de recuperação judicial.
- (... omissis...)”

Desse modo, pela breve leitura do dispositivo acima transcrito, verifica-se que o Comitê de Credores possui como função primordial a de fiscalização. Tal fiscalização refere-se tanto aos procedimentos tomados pelo devedor em estado de Recuperação Judicial, no sentido de apurar a forma que este desenvolve seus negócios, quanto às atividades exercidas pelo Administrador Judicial.

Assim, por tal órgão verifica-se que o procedimento de recuperação judicial garante aos credores um amplo poder de participação na deliberação e na fiscalização, sendo este, talvez, o ponto chave do novo diploma falimentar, o qual poderá levar referido instituto ao auge, ou, ao inverso, à sua derrocada.

Frisa-se que a assembléia geral de credores visa proporcionar um espaço de discussão e de apresentação de soluções viáveis à ampla reestruturação e reorganização do devedor em estado de crise econômico-financeira.

5.2.1.4.4 – Do Encerramento da Recuperação Judicial

O encerramento da Recuperação Judicial deferida em favor do devedor,

poderá se dar em 02 (duas) hipóteses, conforme previsão do artigo 63 da nova Lei¹⁶⁴.

A primeira hipótese é quando este cumpre com o plano de recuperação no tocante ao adimplemento de todas as obrigações que se venceram até 02 (dois) anos após o deferimento de aludida recuperação judicial.

A segunda hipótese refere-se ao pedido de desistência da recuperação judicial formulado pelo devedor, pedido este que para ser deferido necessitada da anuência e concordância da Assembléia de Credores.

Importante destacar que após o encerramento da recuperação judicial deferida ao devedor, o não cumprimento do plano de recuperação apresentado, não ocasionará, automaticamente, a decretação de sua falência, cabendo aos credores executar referido plano, na modalidade de título executivo judicial ou, com base neste mesmo título ajuizar o competente pedido de falência do devedor.

Estas são as formas e as particularidades quanto ao encerramento do processo de Recuperação Judicial deferido em favor do devedor em situação de crise, porém ainda em estado de viabilidade recuperatória.

5.2.2 – Do Plano Especial de Recuperação Judicial previsto para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte

Como subespécie da modalidade de Recuperação Judicial de Empresas, o plano especial de recuperação judicial para as microempresas e empresas de pequeno porte, caracteriza-se por sua menor complexidade e desburocratização dos

164 Dispõe a Lei n.º 11.101/2005 em seu artigo 63 – “Cumpridas as obrigações vencidas no prazo previsto no caput do art. 61 desta Lei, o juiz decretará por sentença o encerramento da recuperação judicial e determinará: I – o pagamento do saldo de honorários ao administrador judicial, somente podendo efetuar a quitação dessas obrigações mediante prestação de contas, no prazo de 30 (trinta) dias, e aprovação do relatório previsto no inciso III do caput deste artigo; II – a apuração do saldo das custas judiciais a serem recolhidas; III – a apresentação de relatório circunstanciado do administrador judicial, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, versando sobre a execução do plano de recuperação pelo devedor; IV – a dissolução do Comitê de Credores e a exoneração do administrador judicial; V – a comunicação ao Registro Público de Empresas para as providências cabíveis.” (BRASIL, 2005)

procedimentos.

Importante destacar que pela menor complexidade e menor volume de recursos envolvidos nas microempresas e empresas de pequeno porte, a nova legislação previu um modelo de recuperação judicial especial aplicável somente aos devedores que sejam legalmente definidos nesta qualidade ¹⁶⁵.

Referido modelo é especial no sentido que é bastante simplificado quando comparado com o sistema de Recuperação Judicial previsto para as macroempresas ¹⁶⁶.

Assim, pela aplicação excepcional desta forma de recuperação judicial somente às pessoas jurídicas definidas em Lei como sendo microempresas e empresas de pequeno porte.

Sobre a definição legal de microempresas e empresas de pequeno porte, transcrevemos o disposto no artigo 2º, incisos I e II da Lei n.º 9.841/1999, *in verbis*:

Art. 2º - Para os efeitos desta Lei, ressalvado o disposto no art. 3º, considera-se:

I - microempresa, a pessoa jurídica e a firma mercantil individual que tiver receita bruta anual igual ou inferior a R\$ 244.000,00 (duzentos e quarenta e quatro mil reais);

II - empresa de pequeno porte, a pessoa jurídica e a firma mercantil individual que, não enquadrada como microempresa, tiver receita bruta anual superior a R\$ 244.000,00 (duzentos e quarenta e quatro mil reais) e igual ou inferior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais).

Como visto acima, a Lei define microempresa e empresas de pequeno porte de acordo com sua receita bruta anual. Assim, a fim de manter a coerência com a evolução do mercado e com a correção da moeda, os valores ali definidos sofrem atualização anual pelo Governo Federal através da edição de Decretos

¹⁶⁵ Importante o comentário apresentado por LEON FREJDA SZKLAROWSKI: "Preocupou-se a lei com a recuperação econômica da empresa, ao invés de esmagá-la, alcançando ainda as microempresas, sem restrição de um mínimo de cem empregados, como queria um dos projetos, pois a constrição simplesmente abortaria esse instituto." (SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **Recuperação e falência**. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 704, 9 jun. 2005. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6835>. Acesso: 01 agosto 2005)

¹⁶⁶ Neste sentido: "A recuperação judicial especial das microempresas e empresas de pequeno porte, prevista no artigo 70 da Lei, tem por finalidade facilitar o acesso dessas pequenas empresas ao Judiciário e de se recuperarem através de mecanismos menos onerosos e procedimento simplificado." (MARZAGÃO, p. 81).

Presidenciais¹⁶⁷.

O plano especial de recuperação obriga somente os credores quirografários do devedor em dificuldades financeiras, bem como se operará, via de regra, pelo parcelamento das dívidas desta natureza na data da distribuição do pedido.

O prazo de tal parcelamento não poderá ser superior a 36 (trinta e seis) parcelas, sendo que o pagamento da primeira parcela deverá ocorrer, obrigatoriamente, até 180 (cento e oitante) dias após a data da distribuição do pedido de Recuperação Judicial Especial, bem como não ocasionará a suspensão da prescrição e das ações propostas contra o devedor favorecido com tal benefício¹⁶⁸.

É o que dispõe o artigo 71 da nova Lei de Falências:

Art. 71. O plano especial de recuperação judicial será apresentado no prazo previsto no art. 53 desta Lei e limitar-se á às seguintes condições:

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.

Importante destacar que, outra diferença existente entre modelo e aquele

167 Decreto Presidencial atualmente em vigência é o Decreto n.º 5.028 de 31 de março de 2004, estabelecendo em seu artigo 1º: “Os valores dos limites fixados nos incisos I e II do art. 2º da Lei no 9.841, de 5 de outubro de 1999, passam a ser os seguintes: I - microempresa, a pessoa jurídica e a firma mercantil individual que tiver receita bruta anual igual ou inferior a R\$ 433.755,14 (quatrocentos e trinta e três mil, setecentos e cinquenta e cinco reais e quatorze centavos); II - empresa de pequeno porte, a pessoa jurídica e a firma mercantil individual que, não enquadrada como microempresa, tiver receita bruta anual superior a R\$ 433.755,14 (quatrocentos e trinta e três mil, setecentos e cinquenta e cinco reais e quatorze centavos) e igual ou inferior a R\$ 2.133.222,00 (dois milhões, cento e trinta e três mil, duzentos e vinte e dois reais).” (BRASIL, 2004)

168 Importante destacar apenas, que ocorrerá a suspensão das ações e execuções e a novação das obrigações incluídas no plano especial de recuperação quando de seu deferimento.

aplicado à recuperação judicial das macro-empresas é o fato de que não haverá a convocação de Assembléia Geral de Credores para a deliberação sobre o Plano de Recuperação, cabendo unicamente ao juiz o seu deferimento quando cumpridos os requisitos previstos, ou caso contrário, seu indeferimento com a conseqüente decretação da falência do devedor impetrante¹⁶⁹.

Observa-se, diante do todo o acima colocado uma grande semelhança entre este novo instituto com o da Concordata Preventiva previsto no, revogado, Decreto-Lei n.º 7.661/1945, caracterizando sua natureza jurídica como de um “favor legal” concedido pelo juiz diretamente ao devedor, desde que cumpridos os requisitos legais, sem a participação dos credores nesta deliberação.

Neste sentido, previu o Senador RAMEZ TEBET, pronunciando-se no sentido de que foi proposto um plano especial, nos seguintes termos: “dessa forma, propomos um plano especial, que nos moldes da atual concordata, envolva somente credores quirografários, com parcelamento de seus créditos em 36 parcelas mensais e sucessivas, vencendo-se a primeira 180 dias após o pedido de recuperação.”¹⁷⁰

Sob este aspecto, o novo instituto de recuperação judicial de microempresas e empresas de pequeno porte assemelha-se àquele anteriormente previsto e denominado de concordata preventiva, principalmente pelos efeitos ocasionados com seu deferimento, qual seja, dilação no prazo dos pagamentos das dívidas vencidas e vincendas, seu parcelamento e sujeição apenas dos credores classificados como quirografários.

Importante mencionar, ainda, que todas as disposições previstas para a Recuperação Judicial que não colidam com as previstas para o plano especial de recuperação, são a este procedimento aplicáveis.

Neste sentido, pronunciou RAMEZ TEBET:

169 Neste sentido, leciona FÁBIO ULHÔA COELHO: “Como dito, o procedimento de recuperação judicial da microempresa ou empresa de pequeno porte é bastante simplificado. A Assembléia Geral de Credores não será convocada para deliberar sobre o plano especial, cabendo sua aprovação ou rejeição exclusivamente ao juiz.” (COELHO, **Comentários à Nova Lei ...**, p. 186).

170 TEBET, p. 36

“(...). Ademais, a disciplina do plano especial como seção do capítulo destinado à recuperação judicial deixa claro que todos os dispositivos gerais aplicam-se à recuperação de micro e pequenas empresas, exceto no que tange à realização de assembléia geral para aprovação do plano, eliminando-se a insegurança do sistema anterior.”¹⁷¹

Diante do todo o acima exposto, principalmente pela simplificação do procedimento previsto em referido plano especial de recuperação judicial, acredita-se que as microempresas e empresas de pequeno porte, as quais compreendem a esmagadora maioria das unidades empresarias existentes em nosso país e que, por outro lado, são as mais suscetíveis às intempéries da atividade empresarial, possam utilizar-se de tal plano de recuperação a fim de serem preservadas e recuperadas financeiramente, uma vez que sua crise, normalmente refere-se a crise classificada como financeira¹⁷², uma vez que se refere a dificuldade do empresário e da sociedade empresaria honrar seus compromissos pontualmente.

5.2.3 – Da Recuperação Extrajudicial¹⁷³

Esta nova modalidade de recuperação empresarial está prevista na Lei n.º 11.101/2005 em seus artigos 161 a 167.

Assim, temos que a recuperação extrajudicial, mais ainda que a recuperação judicial, apresenta a natureza jurídica tipicamente contratualista, uma vez que a negociação dos créditos e débitos ocorrerá única e exclusivamente entre o devedor e seus credores, cujo fruto de tal negociação será um plano de recuperação, que ao nosso ver trata-se, pura e simplesmente, de um plano de renegociação de dívidas, o qual passará pelo crivo do Poder Judiciário para sua

171 idem.

172 Conforme já mencionado no item 5.2.2.1 do presente Capítulo.

173 Sobre tal Instituto, leciona FÁBIO ULHÔA COELHO: “Até a entrada em vigor da Nova Lei de Falências, o direito brasileiro não estimulava soluções de mercado para a recuperação das empresas em estado crítico. Isto porque sancionava como ato de falência qualquer iniciativa do devedor no sentido de reunir seus credores para uma renegociação global das dívidas. (...) Com a nova lei, muda-se substancialmente o quadro. Ao prever e disciplinar o procedimento de recuperação extrajudicial, ela cria condições para a atuação da lógica do mercado na superação de crises nas empresas devedoras.” (Loc. cit. p. 393-394).

homologação.

As razões da inserção de aludido instituto de Recuperação Extrajudicial em nosso ordenamento jurídico foram devidamente expostas pelo Senador RAMEZ TEBET em seu Relatório apresentado junto à Comissão de Assuntos Econômicos - CAE, quando disse:

“Assim, a recuperação extrajudicial deve servir a devedores em situação menos calamitosa que a daqueles com necessidade de recuperação judicial. A recuperação judicial deve ser encarada como recurso último dos empresários e sociedades em dificuldades, mesmo porque implica gravíssimas medidas em relação ao direito dos credores, como a submissão até mesmo daqueles que não concordarem com as condições oferecidas pelo devedor no plano de recuperação.”¹⁷⁴

Desta forma, tem-se que o instrumento de Recuperação Extrajudicial deve ser utilizado para aqueles casos em que a crise apresentada pelo devedor não àquela considerada “fatal”, sendo totalmente compreensível que apenas os credores com maior expressividade na contas a pagar do devedor sejam convocados para compor o plano de recuperação.

Para o devedor ter acesso à homologação de seu plano de recuperação, não basta ter alcançado uma renegociação de suas dívidas com os credores, mas sim, que tenha preenchido os requisitos de ordem subjetiva e objetiva previstos na nova legislação¹⁷⁵.

174 Loc. cit., p. 36.

175 Muito bem leciona, o jurista FÁBIO ULHÔA COELHO: “Assim, o empresário ou sociedade empresária que precisa ou pretende requerer a homologação da recuperação extrajudicial deve preencher os seguintes requisitos [de ordem subjetiva]: a) atender às mesmas condições estabelecidas pela lei para o acesso à recuperação judicial, a saber: a.i) exercer a atividade empresarial regularmente inscrito há pelo menos 2 anos; a.ii) não ser falido ou, se foi, terem sido declaradas extintas suas obrigações por sentença transitada em julgado; a.iii) não ter sido condenado ou não ter como administrador ou controlador pessoa condenada por crime falimentar (LF, art. 48, caput e incisos I e IV); b) não se encontrar nenhum pedido de recuperação judicial dele (art. 161, § 3º, primeira parte); c) não lhe ter sido concedida, há menos de 2 anos, recuperação judicial ou extrajudicial (art. 161, § 3º, segunda parte).” E no tocante ao requisitos de ordem objetivo, o mesmo jurista explicita que: “São cinco os requisitos dessa ordem: a) não pode ser previsto o pagamento antecipado de nenhuma dívida (art. 161, § 2º, primeira parte); b) todos os credores sujeitos ao plano devem receber tratamento paritário, vedado o favorecimento de alguns ou o desfavorecimento apenas de parte deles (art. 161, § 2º, segunda parte); c) não pode abranger senão os créditos constituídos até a data do pedido de homologação (art. 163, § 1º, in fine); d) 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 (hipotecário, pignoratício etc.) (art. 163, § 4º); e) não pode estabelecer o afastamento da variação cambial nos créditos em moeda estrangeira sem contar com a anuência expressa do respectivo credor (art. 163, § 5º). (Op. cit. p. 394-395).

Importante, destacar, no entanto, a previsão de 02 (duas) formas de Recuperação Judicial, sendo uma delas com a vinculação ao plano daqueles que expressamente o aderiram¹⁷⁶, e outra, na qual o plano obrigará todos os credores nele mencionados, desde que haja a aprovação expressa de credores que representam mais de $\frac{3}{5}$ (três quintos) do valor de todos os créditos devidas em relação a cada espécie¹⁷⁷.

A questão da necessidade de homologação judicial do plano de recuperação extrajudicial firmado entre os credores e o devedor visa garantir uma maior segurança jurídica ao mesmo, a fim de obrigar os signatários ao cumprimento das transações ali referendadas.

Importante frisar apenas, que estão totalmente excluídos desta modalidade de recuperação empresarial¹⁷⁸ os titulares de créditos decorrentes da relação de trabalho e de acidentes de trabalho, de natureza tributária, bem como àqueles descritos no artigo 86, inciso II e no artigo 46, § 3º da nova Lei¹⁷⁹.

Em suma, entendemos que, pelo caráter quase que informal e desburocratizado do novo instituto de recuperação extrajudicial este deverá ser muito utilizado pelos empresários e sociedades empresárias em dificuldades econômico-financeiras de pequenas e médias proporções, uma vez que permite uma maior flexibilização na negociação das dívidas contraídas pelo devedor, bem como

176 Conforme artigo 162 da Lei n.º 11.101/2005, que dispõe: "Art. 162. O devedor poderá requerer a homologação em juízo do plano de recuperação extrajudicial, juntando sua justificativa e o documento que contenha seus termos e condições, com as assinaturas dos credores que a ele aderiram." (BRASIL, 2005)

177 Conforme caput do artigo 163 da Lei n.º 11.101/2005, que dispõe: "Art. 163. O devedor poderá, também, requerer a homologação de plano de recuperação extrajudicial que obriga a todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais de $\frac{3}{5}$ (três quintos) de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos." (BRASIL, 2005)

178 Conforme artigo 161 § 1º da Lei n.º 11.101/2005, que dispõe: "Art. 161. (...) § 1º Não se aplica o disposto neste Capítulo a titulares de créditos de natureza tributária, derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho, assim como àqueles previstos nos arts. 49, § 3º, e 86, inciso II do caput, desta Lei." (BRASIL, 2005)

179 São eles: i-) Credor por importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965; ii-) credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade.

permitindo, com uma maior transparência a análise dos credores da situação de crise enfrentada pelo devedor, porém, sempre se atentando para a necessidade de se evitar as fraudes e maus usos de tal instituto.

6. DIREITO COMPARADO

A reforma do direito falimentar foi tema de constante debate nos últimos anos e décadas nos mais diversos países do mundo, destacando-se os europeus (França, Espanha, Portugal e outros) e os americanos (Brasil e Estados Unidos da América).

Importante mencionar que a reforma dos institutos falimentares até então existentes ao redor do mundo, tornou-se necessária a partir do estado caótico e ineficiente que tais institutos apresentavam-se na solução da crise empresarial enfrentada mundialmente.¹⁸⁰

Vale dizer que, de uma maneira geral, restou ressaltada, em todos os referidos ordenamentos jurídicos, a necessidade na preservação da empresa enquanto atividade produtiva de circulação de bens e serviços e como geradora de emprego, renda e tributos, sendo nítida a diferenciação entre a pessoa do empresário e da empresa.

O que se buscou com as alterações legislativas ocorridas foi garantir ao devedor uma sobrevivência e a recuperação de seus negócios, quando este se apresentava em alarmante crise econômico-financeira, mas, contudo, mostrava-se viável economicamente sua recuperação.

Da mesma forma, os legisladores brasileiros perceberam que o instituto concebido e existente em nosso ordenamento desde o ano de 1945, qual seja, a Concordata, encontrava-se obsoleto e ineficiente, sendo, muitas vezes, utilizado

¹⁸⁰ Importante a leitura da obra de JORGE LOBO, destacando suas palavras no seguinte sentido: "Como os instrumentos até então existentes, engendrados para resolver a crise da empresa, não atenderam às expectativas de seus idealizadores, porque o processo de suspensão de pagamentos na Espanha, a administração controlada na Itália, a liquidação judiciária na França, os *deeds* os *arrangements* na Inglaterra, a *corporate reorganization* de 1938 no EUA e a concordata na Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Holanda, Suíça, Argentina, Brasil e na maioria dos países da América Latina não produziram resultados satisfatórios, pô falta o interesse geral e coletivo de sanear e recuperar a empresa, foi necessário pensar em novos institutos, que aperfeiçoassem, quiçá substituíssem com vantagens, a falência e a concordata." (LOBO, Jorge Joaquim. **Direito Concursal: direito concursal contemporâneo, acordo pré-concursal, concordata preventiva, concordata suspensiva, estudos de direito concursal**. Rio de Janeiro : Forense, 1999. p. 06)

(diga-se, mal utilizado), por devedores sagazes em busca de vantagens pecuniárias em detrimento de seus credores, fraudando o instituto e, nitidamente, prejudicando toda a sociedade de credores que estavam sujeitos aos efeitos de tal procedimento.

Neste cenário, o legislador pátrio claramente influenciado pelas experiências enfrentadas pelos países, buscou agregar ao nosso diploma falimentar algumas formas de recuperação da empresa, abandonando o antigo sistema “das concordatas”, pois completamente ineficiente.

Neste diapasão, percebe-se claramente a influência que o diploma falimentar francês exerceu sobre os legisladores pátrios, uma vez que o “novo instituto” da Recuperação da Empresa mostra-se muito semelhante ao existente e, referido país europeu.¹⁸¹

Ainda, a fim de traçar um panorama geral sobre as legislações estrangeiras que mais influenciaram em nossa nova legislação falimentar, teceremos, a seguir, alguns breves comentários sobre o instituto da preservação e da recuperação da empresa, previstos nos ordenamentos jurídicos da França, Espanha, Portugal, Estados Unidos e Argentina, os quais se destacaram por serem países que, introduziram relevantes mudanças em seus respectivos diplomas falimentares, com o principal objetivo de inserção de formas eficientes para a preservação de empresas viáveis, porém em estado de grave crise econômico-financeira.

6.1 FRANÇA

Inicialmente, convém destacarmos a França foi vanguardista no tocante a inserção em seu ordenamento jurídico do instituto da recuperação de empresas, o qual foi concebido já em 1967, tendo sido aperfeiçoado, através de reformas

¹⁸¹ O conceito de recuperação judicial da empresa incorporado à nossa nova legislação falimentar, consiste na busca efetiva da recuperação empresarial, com a manutenção da atividade produtiva da empresa, quando esta se mostra, viável economicamente, em nítida analogia aos conceitos consagrados e praticados em países como Estados Unidos e França.

legislativas, nos anos de 1985 e 1995¹⁸².

O ponto chave do modelo de recuperação empresarial francês, o qual foi transportado para o direito brasileiro, é o fato de que este somente poderá ser utilizado, sendo permitida sua aplicabilidade, nos casos em que a unidade empresarial em crise apresentar caracteres nítidos de viabilidade econômica.

Importante destacar sob este aspecto que, conforme leciona PAULO PENALVA SANTOS, as discussões parlamentares ocorrida na França giraram exatamente sob o aspecto na necessidade de que a empresa em crise, a fim de ser beneficiada com o instituto da recuperação da empresa, mostrasse-se viável, uma vez que tal instituto somente estaria adstrito a empresas nesta situação.¹⁸³

De tal sorte, destacamos que o legislador francês, tem inserido em seu diploma falimentar, desde meados dos anos de 1980, mecanismos capazes de prevenir a crise empresarial,

“estabelecendo a lei procedimentos de alerta, em alguns casos facultando e, em outros, determinando a certas pessoas (tais como o contador, comitê de empregados, sócio minoritário, o presidente do tribunal do Comércio etc.) que, em antevendo dificuldades para uma empresa, adotem providencias tendentes a evitar a ocorrência ou agravamento da crise.”¹⁸⁴

Brilhante análise de tal ordenamento jurídico foi realizada pelo ilustre jurista JORGE LOBO, o qual é incisivo no tocante às características da lei n.º 84-148, apresentando mecanismos de recuperação e preservação da empresa, mesmo antes da intervenção judicial, através de dois meios principais, denominados de: “prevenção gestão” e “prevenção alerta”¹⁸⁵.

Desse modo, temos que a França foi vanguardista na inserção de tais

182 Destacando-se, o advento da Lei n. 67/563 e da Ordenação n. 67/820, as quais modificaram substancialmente as bases da legislação falimentar francesa. Posteriormente, em meados da década de 1980, houve nova modificação legislativa (1984 e 1985). Atualmente, com o "Code de Commercer" de 21 de setembro de 2000, o sistema falimentar francês encontra-se plenamente desenvolvido, sendo utilizado por legisladores de outros países, como os brasileiros, como paradigma de reforma da legislação falimentar.

183 SANTOS, p. 130.

184 COELHO, **Comentários à Nova Lei ...**, p. 113.

185 LOBO, **Direito Concursal ...**, p. 27.

institutos de recuperação empresarial em seu ordenamento jurídico, possuindo como um claro objetivo a preservação da empresa, a manutenção das atividades empresariais e a manutenção do emprego.

6.2 ESPANHA

Com certas diferenças, porém, com a busca efetiva da manutenção e preservação da empresa, o diploma falimentar espanhol apresenta algumas peculiaridades quando em comparação com o diploma falimentar francês e brasileiro.

Neste sentido, destaca-se que a Espanha reconhece situações distintas entre a empresa que não paga suas obrigações por apresentar-se em estado de crise contornável (mostrando-se sua viabilidade), daquelas empresas que, simplesmente, deixam de pagar de adimplir suas obrigações.

A atual legislação falimentar espanhola é a chamada "Ley Concursal", a qual entrou em vigência neste país em 1º de setembro de 2004.

Importante destacarmos, ainda, que da mesma forma que no direito falimentar pátrio, os custos com a preservação e conservação da empresa devem ser apreciados e contrapostos com os custos da liquidação, a fim de possibilitar a decisão pela aplicação dos chamados *convenios* (quando apresentado estado de crise contornável) ou *Declaración de Concurso* (quando apresentado estado de insolvência).

Sobre este aspecto, FRANCISCO CABRILLO, citado por PAULO PENALVA SANTOS, quanto ao o direito concursal espanhol,

“alerta para o fato de que dentre os custos com a conservação de uma empresa ineficiente, destaca-se o da baixa produtividade dos fatores de produção nela empregados, Portanto, seria perigoso elaborar uma lei que facilitasse indiscriminadamente a conservação de empresas em momento de crise, sem considerar o custo com a sua manutenção. Seria, por exemplo, um erro grave decidir pela manutenção de empresas ineficientes apenas para evitar o desemprego, pois o resultado final dessa política

dificultaria ainda mais a criação de empresas eficientes.”¹⁸⁶

Desta forma, a busca pela preservação da empresa, assim como no modelo brasileiro, deverá estar focada sempre no tocante aos custos com referida preservação. Caso ultrapassem os custos da liquidação, este procedimento deverá ser aplicado. Caso contrário, caso a viabilidade econômica seja efetivamente possível, a lei espanhola garante ao devedor a possibilidade de sua recuperação, através de diversos meios de recuperação, dilatórios ou remissórios, com a convocação dos credores a compor o competente plano de recuperação.

6.3 PORTUGAL

Em Portugal, destacam-se os ordenamentos jurídicos criados em 1976 (Declaração da empresa em situação economicamente difícil), o qual foi o ponto crucial para o nascimento, em 1993, do “Código dos Processos especiais de Recuperação de Empresa e de Falência”, o qual restou novamente modificado, em 2004, recebendo a denominação de “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIDE)”, que restou regulamentado pelo Decreto-Lei 53/2004, de 18 de março¹⁸⁷.

Sobre este diploma falimentar, convém destacarmos que o processo de insolvência e recuperação de empresas será desde o início comandado e dirigido conforme a vontade dos credores, buscando, sempre que possível, a mínima intervenção do Poder Judiciário sobre os rumos de referido processo, deixando para este, a tarefa de simplesmente atuar na função de “fiscalizador da legalidade dos atos praticados”.

Importante destacar, ainda, sobre referido diploma legal, que, ao contrário do modelo brasileiro, o ponto central de sua aplicação é na “insolvência” empresarial

¹⁸⁶ SANTOS, p. 117-129.

¹⁸⁷ Conforme publicação veiculada no Diário da República – I – Série A, n.º 66 de 18 de março de 2004, páginas 1402 à 1465.

e, não em sua preservação e recuperação, o que é colocado à margem de referida legislação.

Destacamos, inclusive, que durante a vigência do antigo diploma falimentar português, o número de pedidos de recuperação empresarial foi decrescendo em ritmo constante, apresentando uma queda de, aproximadamente, 10% (dez por cento) ao ano, contados a partir do início da vigência de referida legislação (1993).

Referida queda nos pedidos de recuperação, justifica-se pela nítida ineficiência apresentada pelos institutos de recuperação empresarial até então existentes, o qual culminou com a “nova” reforma da legislação falimentar portuguesa em meados do ano de 2004.

Assim, o que se busca em referido diploma falimentar, é a recuperação dos créditos, seja pela via da recuperação da empresa, quer seja pela via da liquidação do patrimônio do devedor.

6.4 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Inicialmente, cumpre observar que os Estados Unidos foram os pioneiros na implantação junto ao sistema falimentar regente, mecanismos que visassem a possibilidade de recuperação e judicial de empresas, os quais, por apresentarem-se equilibrados, despertaram o interesse mundial quanto à necessidade de mudanças dos sistemas falimentares até então existentes.

Desse modo, sobre o diploma falimentar norte-americano, importante mencionarmos que o mesmo visa a ampla reorganização da empresa, permitindo ao devedor a manutenção de todos os seus poderes de gerência, gestão, administração e representação da empresa, inexistindo quaisquer distinções entre as pessoas civis e jurídicas, sendo seus institutos aplicáveis a ambas.

Importante mencionarmos, conforme estudo legislativo realizado pelo nobre comercialista FÁBIO ULHÔA COELHO, que o primeiro diploma falimentar norte-americano que dispôs sobre a recuperação judicial de empresas surgiu em 1934.

com o principal objetivo de amenizar os graves efeitos da crise provocada pelo *crack* da Bolsa de Valores de Nova York em 1929, à classe empresarial norte-americana, principalmente, a qual sofreu diretamente seus mais expressivos efeitos.¹⁸⁸

As formas de recuperação e reorganização empresarial, encontram-se descritas no Capítulo 11 do *Bankruptcy Code*, o qual tem suas origens na tentativa do legislador norte-americano em recuperar o setor ferroviário da grave crise que atravessou da segunda metade do século XIX.

Como meio de recuperação, o devedor deverá apresentar seu plano de recuperação o qual deverá ser amplamente negociado com seus credores, sem a intervenção do Poder Judiciário, o qual, segundo ensinamento do mestre COELHO, somente intervirá para garantir o tratamento igualitário e justo entre os credores sujeitos aos efeitos de tal plano de recuperação, em suas mais diversas classes.¹⁸⁹

De tal sorte, vislumbra-se que o novo diploma falimentar brasileiro, no âmbito do instituto de recuperação judicial de empresas, em muito se assemelha ao norte-americano, uma vez que garantida a insurgência direta dos credores quanto à elaboração do plano de recuperação pelo devedor, através da negociação de prazos e remissão de dívidas, sempre, buscando um tratamento equitativo e igualitário entre os credores das mais diversas classes, para o fim de possibilitar a efetiva reorganização e recuperação do devedor em estado de crise econômico-financeira.

188 COELHO, **Comentários à Nova Lei ...**, p. 26.

189 COELHO, **Comentários à Nova Lei ...**, p. 114.

7. ATUALIDADES

A nova lei de falências, antes mesmo de entrar em vigor, ou até mesmo de ser sancionada pelo Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, já causava enorme frisson e expectativa na sociedade brasileira, não somente entre seus aplicadores, mas, principalmente, entre a classe empresarial e os que dela apresentavam-se interligados e dependentes.

O mercado financeiro clamava pela aprovação do novo diploma falimentar pátrio, sob a expectativa de que o *spread* bancário sofresse sensível redução, e com isso nossa economia apresentasse considerável desenvolvimento com o aumento da produção e circulação de bens e serviços, e, conseqüentemente, com a diminuição do número de desempregados no Brasil.

No entanto, a expectativa sobre a aprovação e inserção do novo diploma falimentar pátrio em nosso ordenamento jurídico girava, principalmente, quanto à substituição do antigo instituto da concordata, o qual já se mostrava ineficiente e ineficaz, pelo instituto da recuperação de empresas, o qual foi previsto como “a salvação das empresas em crise”, apresentando mecanismos de busca efetiva pela preservação e recuperação de empresas em dificuldades, porém, que demonstrassem sua viabilidade.

Como demonstrativo de tal expectativa, o Serasa, um dos maiores e mais respeitados bancos de dados de mercado do mundo, registrou um decréscimo no volume de falências decretadas e de falências requeridas nos Brasil em comparação com o mês de janeiro de 2004 com o mês de janeiro de 2005.

Referida queda, reflete muito bem os efeitos da aprovação do novo diploma falimentar pátrio, onde a busca pela manutenção da fonte produtiva e dos empregos é seu ponto principal.

Otimismo. Este foi o sentimento demonstrado pelo mercado financeiro e

pela mídia nacional com a aprovação da nova lei de falências¹⁹⁰, porém, aguardava-se, ainda, sua entrada em vigor, a qual ocorreria em 09 de junho de 2005.

Todavia, antes de analisarmos a realidade forense quanto à entrada em vigor da nova legislação falimentar, importante destacarmos a alteração ocorrida em tal diploma legal, que possibilitou às empresas concessionárias de serviços aéreos beneficiarem-se dos novos institutos de recuperação de empresas.

É sabido que as empresas concessionárias de serviços aéreos não tinham o amparo jurídico do antigo diploma falimentar pátrio, Decreto-Lei n.º 7.661/1945, uma vez que o estavam, legalmente excluídas de tais procedimentos, destacando-se o da concordata preventiva, pelo teor do artigo 187 do Código Brasileiro da Aeronáutica – CBA¹⁹¹.

No entanto, pela grave crise que assombra, atualmente, grandes companhias aéreas nacionais, buscou-se no artigo 199 do antigo projeto de lei de falências, a extensão de sua aplicabilidade às empresas concessionárias de serviços aéreos, revogando-se, conseqüentemente, o artigo 187 do Código Brasileiro da Aeronáutica, acima citado.

Desta forma, o projeto de lei de falências encaminhado para a apreciação do Presidente da República trazia em seu bojo, expressiva modificação quanto aos legitimados à subordinação de suas disposições, ampliando seu campo de incidência.

190 Conforme manchetes veiculadas em periódicos nacionais:

“Mais chance para as empresas” - Theo Saad e Sandro Lima – Jornal Correio Braziliense – 11 de fevereiro de 2005;

“Lei teria salvado Mappin e Mesbla” – Renée Pereira – Jornal O Estado de São Paulo – 11 de fevereiro de 2005;

“A Lei que ajuda a derrubar o preço do dinheiro” – Jornal Gazeta Mercantil – 11, 12, 13 de fevereiro de 2005;

“Cresce expectativa de juro menor com nova Lei de Falências” – Jornal Gazeta do Povo – 11 de fevereiro de 2005.

191 Código Brasileiro de Aeronáutica – Artigo 187: “Não podem impetrar concordata às empresas que, por seus atos constitutivos, tenham por objeto a exploração de serviços aéreos de qualquer natureza ou de infra-estrutura aeronáutica.” (BRASIL, 1986)

Pouco tempo depois, em fevereiro de 2005, referido projeto de lei de falências foi sancionado, sendo que o artigo 199 permanecia intacto e em vias de ser aplicado.

Para muitos, por pressão do setor aéreo, através de forte *lobby* dos empresários do setor, para outros, por opção política, o Presidente da República, não vetou o artigo 199, que beneficia as empresas do setor aéreo com a possibilidade de recorrerem à recuperação judicial, visando sua preservação e recuperação de seus negócios.

Assim, grande expectativa foi criada com a entrada em vigor da nova legislação falimentar, a fim de ser percebido sua recepção no meio empresarial pátrio, e principalmente, se as empresas concessionárias de serviços aéreos nacionais, destacando-se as companhias VARIG e VASP, as quais se encontram em grave crise econômico-financeira, se socorreriam aos novos institutos de Recuperação de Empresas, principalmente ao da recuperação judicial.

Desta forma, como já era esperado, passados poucos dias da entrada em vigor da nova legislação falimentar, ambas as empresas acima citadas, ingressaram judicialmente com seus pedidos de Recuperação Judicial, conforme amplamente noticiado pela mídia nacional.¹⁹²

Destacamos que a companhia aérea Varig S.A (Viação Rio-Grandense) e outras companhias componentes de seu grupo empresarial (Rio Sul Linhas Aéreas S.A. e Nordeste Linhas Aéreas S.A), foram as primeiras empresas concessionárias de serviços aéreos nacionais a ingressarem e terem deferido em seus favores o

192 Conforme manchetes veiculadas em periódicos nacionais:

“Canhedo apela à legislação para evitar a falência da Vasp” – Jornal Gazeta do Povo – 02 de julho de 2005.

“Sob intervenção, Vasp quer Lei de Falências” – Bruno Lima – Jornal Folha de São Paulo – 02 de julho de 2005.

“Lei de Falências passa a proteger Varig” – Jornal Gazeta do Povo – 23 de junho de 2005.

“Juiz concede recuperação judicial à Varig” – Cristiane Crelier e Gilmara Santos – Jornal Gazeta Mercantil – 23 de junho de 2005.

pedido de Recuperação Judicial¹⁹³.

Referidos pedidos foram apresentados, contendo um minucioso relato sobre a importância de aludidas companhias para o mercado da aviação civil nacional, ressaltando os motivos que as levaram à crise, bem como, exaltando seus trabalhos na aviação brasileira, com 78 anos de existência, 17.800 empregados, 5 milhões de titulares de cartões *smiles*, 13,8 milhões pessoas transportadas por ano, 350 mil passagens vendidas e confirmadas para o exterior, para 4.500 cidades e 90 países.¹⁹⁴

Posteriormente, ingressou com pedido de Recuperação Judicial a VASP, outra empresa concessionária de serviços aéreos nacional, cuja crise econômico-financeira que atravessa, fatalmente, poderá leva-la à falência, sendo que o deferimento de seu pedido de recuperação deverá ser condicionado à sua efetiva viabilidade, o que na situação demonstrada atualmente, inclusive com a suspensão de atividades e sem estar oferecendo linhas regulares, mostra-se, praticamente, impossível seu beneficiamento com tais meios de recuperação empresarial.

É o que aparentemente está ocorrendo, uma vez que o pedido de recuperação judicial apresentado perante a Vara de Falências da comarca de São Paulo/SP, em 01 de julho de 2005, até o presente momento, não foi deferido.

Outra grande companhia que nos últimos anos acabou por sofrer às vezes da crise econômico-financeira, principalmente, pela situação enfrentada por sua sócia controladora com sede na Itália, a Parmalat Brasil S/A (Parmalat Alimentos) e sua holding, Parmalat Participações do Brasil S/A, até então em regime de Concordata Preventiva, ingressaram com pedido de recuperação judicial, tendo-o

193 Petição inicial distribuída em 17 de junho de 2005 à 08ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro/RJ, devidamente registrada sob o n.º 2005.001.072.887-7.

194 Em 03 de agosto de 2005, o processo de recuperação judicial da Varig, teve um grande avanço em sua tramitação com a publicação, no Diário Oficial do Estado do Rio, de edital que relaciona em torno de 22 mil credores da companhia, dos quais, 19 mil são trabalhadores, com créditos a receber da ordem de R\$ 4,3 bilhões (quatro bilhões em trezentos milhões de reais). Também a Justiça do Rio permitiu que a Varig use recebíveis como garantia de eventuais financiamentos. Essa possibilidade não estava prevista na recuperação judicial. (conforme notícia veiculada no Boletim Migalhas n.º 1.224 de 04 de agosto de 2005. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br>. Acesso: 05 agosto 2005)

deferido em 24 de junho de 2005.

No Estado do Paraná, o volume de pedidos de recuperação judicial ou extrajudicial ajuizados, ainda mostra-se pequeno, tendo sido constatado a distribuição perante o Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, até a data de 26 de julho do corrente ano¹⁹⁵, apenas de dois pedidos de recuperação judicial, sendo um da empresa Marsevoya Mercearia Ltda., que atua com o nome fantasia de Super Max Supermercado e outro da empresa Comercial Elétrica Neimar Ltda., cujos passivos declarados correspondem, respectivamente à, aproximadamente, R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e R\$ 468.300,00 (quatrocentos e sessenta e oito mil e trezentos reais).

Hoje, inegavelmente, o volume de ingresso de pedidos de recuperação judicial e/ou extrajudicial em âmbito nacional, mostra-se inexpressivo. Entretanto, acreditamos que com o passar dos meses e com a verificação da forma de aplicação da nova legislação falimentar pelo Poder Judiciário o volume na distribuição de tais pedidos aumente consideravelmente, uma vez que muitas discussões sobre a nova legislação falimentar vêm ocorrendo, acadêmica e doutrinariamente, cujas conclusões ainda estão sendo tomadas, sendo ainda inseguro ao empresário a aplicação dos novos institutos previstos na Lei n.º 11.101/2005, principalmente, pela verificação de falta de aparelhamento do Poder Judiciário nacional para a aplicação do novo diploma legal e, principalmente, pela falta de especialização dos magistrados quanto à realidade econômica do meio empresarial nacional, necessitando, acima de tudo, que nossos magistrados apresentem “boa-vontade” na aplicação das disposições previstas em tal regramento, sob pena de todo o anseio criado quanto à efetividade deste detalhado e complexo instituto de recuperação de empresas tornar-se sem qualquer efetividade, tomando-se os mesmos rumos que o antigo instituto da Concordata acabou por seguir.

¹⁹⁵ Conforme manchete publicada. (GASPARIN, Mirian. Nova lei reduz processos nas varas de falência e concordata. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 26 jul. 2005)

8. CONCLUSÕES

Conforme pôde ser observado pelo transcorrer do presente estudo diversas aspirações foram desenvolvidas por toda a sociedade brasileira quanto à aprovação do novo diploma falimentar pátrio, o qual, através da instituição de meios próprios para a recuperação e preservação da atividade empresarial, poder-se-ia reduzir o custo do crédito no Brasil.

A nova Lei de Falências que entrou em vigor, em 09 de junho deste ano, como visto anteriormente, trouxe importantes inovações aos processos falimentares e, principalmente, de recuperação de empresas, sob o objetivo de torná-los mais céleres e eficientes.

Importante destacar que os dispositivos da nova legislação, segundo o parecer da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, foram fundamentados nos 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 empresas.

Contudo não podemos acolher estas idéias expostas no parecer do CAE, sem nos atentarmos à realidade do novo diploma falimentar, principalmente no tocante às formulas de recuperação empresarial.

Sobre este enfoque, merece crítica a nova legislação falimentar, principalmente, por deixar sem qualquer delimitação ou amparo jurídico a noção de viabilidade empresarial, mostrando-se um ponto de extrema subjetividade ao magistrado quando da decisão de deferimento ou não do pedido de recuperação de determinado empresário ou sociedade empresária, culminado com a sujeição do

toda uma massa de credores aos seus efeitos sem, no entanto, saber-se com precisão e segurança, se a “espera valerá a pena”, se, efetivamente, os procedimentos de recuperação poderão ser colocados em trâmite.

Tem-se que a extinção das ineficientes e ineficazes concordatas suspensiva e preventiva era medida necessária ao bom desenrolar dos novos institutos de Recuperação de Empresas que são, neste momento, inseridos em nosso ordenamento jurídico.

A previsão do Plano de Recuperação e da Assembléia de Credores no âmbito do processo de recuperação empresarial, busca a transparência dos procedimentos que serão aplicados pelo devedor em busca de sua manutenção no mercado, ao contrário do que acontecia com a concordata em que comissário e devedor, atuavam em conjunto, e sem a interferência de qualquer credor, quase sempre, sendo os únicos beneficiados com o procedimento de concordata preventiva.

Merecem destaque, de outra feita, as experiências já enfrentadas pelos países europeus e americanos quanto às alterações em suas legislações falimentares, uma vez que possuem, já a algum tempo, introduzido em seus respectivos diplomas legislativos, institutos de recuperação de empresas, sendo que, em alguns deles, pela ineficabilidade e inefetividade, já foram, por diversas vezes, alterados.

Este é o caso do sistema português, que nos três primeiros anos de vigência da legislação falimentar com a inserção dos institutos de recuperação de empresas, teve um decréscimo no número de requerimentos de tal benefício na ordem de 10% (dez por cento) ao ano, uma vez que tais meios de recuperação não se mostravam efetivos quanto à recuperação empresarial.

Ademais, corroboramos da opinião do ilustre Professor EDSON ISFER¹⁹⁶,

196 Conforme palestra prolatada no “Ciclo de palestras” realizado pela FAE Business School sobre a Nova Lei de Falências – Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, realizado em Curitiba/PR, nos dias 27 e 28 de julho de 2005.

que, com muita propriedade e com o conhecimento que lhe é peculiar no tocante ao estudo dos diplomas falimentares nacionais e estrangeiros, mostra-se com uma visão não muito positiva da nova legislação falimentar, não vislumbrando o poder mágico de transformação pretendido na recuperação de empresas, concluindo que falta muito em referido diploma, para ser lhe obtido o êxito almejado.

Outro ponto que destaca referido professor e, novamente, com muita pertinência, são os dois maiores problemas, por ele apontados como no âmbito da efetividade da nova legislação falimentar brasileira, quais sejam: i-) aparelhamento do Poder Judiciário; e ii-) Ausência de Juízes de boa-vontade, ou seja, que apresentem boas soluções.

Como é de conhecimento público, a máquina do Poder Judiciário brasileiro encontra-se sucateada, possuindo uma estrutura totalmente deficiente para o fito da prestação da tutela jurisdicional.

Seríamos demagógicos se acreditássemos que o mesmo Poder Judiciário que não possuía condições físicas e técnicas, muitas vezes, de aplicar e fiscalizar o procedimento de Concordata poderá, agora, sem qualquer alteração, aplicar e dar impulso a procedimentos de recuperação empresarial muito mais complexos e que exigem conhecimento técnico aprofundado, inclusive no tocante à previsão de uma maior participação dos credores nas deliberações da sociedade e do empresário em recuperação.

Creemos que não.

Ademais, de uma análise geral do novo diploma falimentar pátrio, o qual foi mascarado com a mágica da transformação da economia com sua aprovação, principalmente no tocante à redução do *spread* bancário, com a qual seria possibilitada uma maior entrada de recursos ao setor empresarial nacional, com custos mais baixos, até o presente momento, nada foi sentido.

Ao contrário, o que se observa do novo diploma falimentar, não é a ênfase na recuperação e preservação da empresa, mas sim, não recuperação do crédito bancário, pelos superprivilégios concedidos à tais instituições, com preferências à

credores alimentares e àqueles que mais acreditaram na atividade empresarial, ou seja, seus fornecedores.

Desta forma, a nova legislação não deve ser concebida como a “Lei de Recuperação de Empresas”, mas sim, como a “Lei de Recuperação de Créditos”, porém, especificamente, de créditos das instituições financeiras.

Esta mesma influência, ocasionada pelas instituições financeiras, percebida no Brasil, também, foi sentida nos países europeus, como Portugal e Espanha, onde o Poder Legislativo foi demasiadamente influenciado por tais instituições, no tocante à concessão de privilégios a estas a fim de que fosse possível a recuperação dos créditos que estavam se esvaindo com a bancarrota dos empresários e das sociedades empresárias.

Importante destacar, ainda, que as instituições financeiras, por titulares de “créditos privilegiados” figuram, quase sempre, nos processos de recuperação de empresas e de falência, como não sujeitos aos seus efeitos, ou ainda, como extra-concursais (como nos casos dos Adiantamentos de Contratos de Cambio – ACC).

Por ironia, ou não, apesar desta nova classificação dos créditos na falência ter dado aos “aplicadores de recursos” (em sua esmagadora maioria, instituições financeiras cujos créditos são garantidos por garantias reais), uma posição privilegiada na ordem legal do pagamento dos créditos no procedimento concursal, já que os chamados créditos com garantia real-- bens móveis ou imóveis dados como garantia a financiamentos-- terão preferência sobre as dívidas tributárias, não teria sido esta modificação que teria acalmado e garantido um certo grau de otimismo aos investidores.

Uma prova de que a nova lei de falência e de recuperação de empresas do Brasil foi realizada com os olhos nas instituições financeiras, foi que, em todo o período de discussões que precederam a edição do novo texto legal, o ponto que ocasionava maiores discussões entre os parlamentares era a ordem de classificação dos créditos, ou seja, quais seriam os credores agraciados com os privilégios creditórios.

Outro questionamento que não pode ser afastado nestas considerações finais é o seguinte: Quem pagará os custos da execução do Plano de Recuperação, uma vez que a sociedade empresária e/ou o empresário encontram-se em estado de crise?

A resposta a tal questionamento parece-nos óbvia, uma vez que serão àquelas pessoas que “vendem créditos”, ou seja, as instituições financeiras. Assim, tem-se que, no Brasil, a exemplo do que ocorreu na Espanha, o otimismo da nova legislação falimentar deve ser visto com muita cautela, principalmente pela insurgência das instituições financeiras quanto à sua efetiva aplicabilidade.

Na Espanha, como aqui no Brasil, o rumo de sucesso ou insucesso de determinada recuperação será traçado por seus fomentadores, como já explicitado anteriormente, as instituições financeiras.

Conclui-se, finalmente, que sem o aparelhamento do Poder Judiciário e o investimento na capacitação técnica dos magistrados para a aplicação do novo diploma com a finalidade de buscar a efetiva recuperação e preservação da sociedade empresarial e do empresário viável, todas as aspirações tidas com estes novos institutos não passarão de aspirações e as recuperações, tão almejadas, serão de apenas, algumas sociedades com as quais as instituições financeiras demonstrem interesse em sua preservação.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____. Ata da Reunião do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tulio Ascarelli – 11 de abril de 1984. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova Série.** São Paulo, Ano XXIII, n. 54, p. 153-155, abr./jun. 1984.

_____. Lei de Falências demora a baixar o juro. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 11 fev. 2005.

ANAN JUNIOR, Pedro. **Fusão, cisão e incorporações de sociedades – teoria e prática.** São Paulo : Quartier Latin, 2004

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova Série.** São Paulo, Ano XXXIX, n. 117, p. 157-162, jan./mar. 2000

BOITEUX, Fernando Netto. A função social da empresa e o novo código civil. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova Série.** São Paulo, Ano XLI, n. 125, p. 48-57, jan./mar. 2002

Boletim Migalhas n.º 1.224 de 04 de agosto de 2005. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br>. Acesso: 05 agosto 2005

BRASIL. Lei do Império n.º 556, de 25 de junho de 1850. Código Commercial do Império do Brasil. **Colleção das Leis do Império do Brasil.** 1850. t. 11, p. 57-238.

BRASIL. Lei Ordinária n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República do Brasil**, Brasília, p. 1, 10 jan. 2002.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945. Lei de Falências. **Diário Oficial da República do Brasil (Suplemento)**, 31 jul. 1945.

BRASIL. Lei Ordinária n.º 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial da República do Brasil (Edição Extra)**, Brasília, p. 1, 02 fev. 2005.

BRASIL. Lei Ordinária n.º 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. **Diário Oficial da República do Brasil**, Brasília, p. 19.567, 23 dez. 1986.

BRASIL. Decreto do Poder Executivo n.º 5.028, de 31 de março de 2004. Altera os valores dos limites fixados nos incisos I e II do art. 2º da lei n.º 9.841, de 5 de outubro de 1999, que instituiu o estatuto da microempresa e da empresa de pequeno porte. **Diário Oficial da República do Brasil**, Brasília, p. 6, 1 abr. 2004.

BULGARELLI, Waldirio. Reforma da Lei de Falências. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova Série.** São Paulo, Ano XXX, n. 83, p. 122, jul./set. 2001

BULGARELLI, Waldirio. **Fusões, incorporações e cisões de sociedades.** São Paulo : Atlas. 1996

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. Rio de Janeiro : Renovar, 2003.

CAVALLI, Cassio Machado. O direito da empresa no novo código civil. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova Série**. São Paulo, Ano XLII, n. 131, p. 153-184, jul./dez. 2003

COELHO, Fábio Ulhôa. **Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas : (Lei n.º 11.101, de 9-2-2005)**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2005.

COELHO, Fabio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial – De acordo com o novo código civil e alterações da LSA– Volume 3**. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova Série**. São Paulo, Ano XXII, n. 50, p. 57-74, abr./jun. 1983.

COMPARATO, Fábio Konder. **A reforma da empresa**. São Paulo: Saraiva, 1990.

FALCÃO, Guilherme Jurema; ANDRADE JUNIOR, Milso Nunes de. **O novo direito concursal brasileiro: uma visão crítica**. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 356, 28 jun. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5394>) Acesso: 13 junho 2005

FRONTINI, Paulo Salvador. Reflexões sobre a reforma da lei de falências. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Nova Série. São Paulo, Ano XVII, n. 31, p. 43-51, 1978.

GASPARIN, Mirian. Nova lei reduz processos nas varas de falência e concordata. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 26 jul. 2005

GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. **Recuperação Judicial de Empresas**. Belo Horizonte : Del Rey, 2001.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de Empresa no Código Civil de 2002 : Teoria do Direito Comercial de acordo com a Lei n. 10.406, de 10.1.2002**. 2. ed. São Paulo : Editora Juarez de Oliveira, 2003.

LACERDA, J. C. Sampaio de (José Candido Sampaio de) 1909-1981. **Manual de Direito Falimentar**. 14 ed. ver. e atual. por MAGALHÃES, Jorge de Miranda. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1999.

LOBO, Jorge. A empresa: novo instituto jurídico. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova Série**. São Paulo, Ano XLI, n. 125, p. 29-40, jan./mar. 2002

LOBO, Jorge. **Revista Consultor Jurídico**, 4 de março de 2005. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/33339,1>. Acesso: 15 de julho 2005

LOBO, Jorge Joaquim. **Direito Concursal: direito concursal contemporâneo, acordo pré-concursal, concordata preventiva, concordata suspensiva, estudos de direito concursal**. Rio de Janeiro : Forense, 1999.

MACHADO, Rubens Approbato (coord.). **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo : Quartier Latin, 2005.

MANGE, Renato Luiz de Macedo. Sobre recuperação e falência de empresas no Brasil. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova Série.** São Paulo, Ano XLI, n. 127, p. 56-62, jul./set. 2002

MARZAGÃO, Lídia Valério. A Recuperação Judicial. In MACHADO, Rubens Approbato (coord.). **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas.** São Paulo : Quartier Latin, 2005. p. 75-118

MINADEO, Roberto. **Fusões e aquisições no varejo alimentar.** 20 de janeiro de 2001. Disponível em: http://www.varejista.com.br/novo_site/desc_materia.asp?id=1788. Acesso em: 15 fevereiro 2005.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Tomo XXX – Direito das obrigações: Concordatas. Crimes Falenciais. Liquidações administrativas voluntárias e coativas.** 3.ed. Reimp. Rio de Janeiro : Editora Borsoi, 1971.

NETTO, Armando J. Desistência da Concordata Preventiva. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, Ano 49, n. 300, p.301, out. 1960

NICOL, Donald Mac; SANNA, Murched Badih. Plano de Recuperação. In MACHADO, Rubens Approbato (coord.). **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas.** São Paulo : Quartier Latin, 2005. p. 165-178

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

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Direito empresarial à luz do Código Civil brasileiro.** Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3807> Acesso em: 01 fevereiro 2005.

OLIVEIRA, Celso Marcelo. **Recuperação judicial das concessionárias de serviços aéreos e uma análise do processo da empresa Varig.** Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 3, nº 133. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=694>). Acesso: 05 agosto 2005

PACHECO, José da Silva. **Processo de Falência e Concordata: Comentários à Lei de Falências: doutrina, prática e jurisprudência.** Rio de Janeiro : Forense, 2001.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial.** v.1. 23.ed. São Paulo : Saraiva, 1998.

SANT'ANNA, Rubens. **Falências e Concordatas.** 5.ed. Rio de Janeiro : Editora AIDE, 1985.

SANTOS, Paulo Penalva. O novo projeto de recuperação da empresa. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova Série.** São Paulo, Ano XXXIX, n. 117, p. 126-135, jan./mar. 2000

SIMIONATO, Frederico. A Disciplina da Reorganização da Empresa em Crise Econômica no Projeto de Lei Concursal. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova Série,** São Paulo, Ano XXXVI, n. 111, p. 138, jul./set. 1998

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **Recuperação e falência**. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 704, 9 jun. 2005. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6835>). Acesso: 01 agosto 2005

TEBET, Ramez. **Parecer n.º _____ de 2004 - Da COMISSÃO DE ASSUSTOS ECONÔMICOS sobre o PLC n.º 71, de 2003**, que regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência de devedores pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. Brasília : Senado Federal. 2004.

TEPEDINO, Ricardo. A recuperação da empresa em crise diante do decreto-lei 7.661/1945. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova Série**. São Paulo, Ano XLI, n. 128, p. 165-173, out./dez. 2002

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. TEPEDINO, Ricardo. A disciplina jurídica das empresas em crise no Brasil: sua estrutura institucional. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova Série**. São Paulo, Ano XL, n. 122, p. 168-172, abr./jun. 2001

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**. 4.ed. rev. e atual. por SANTOS, J. A. Penalva e SANTOS, Paulo Penalva. Vol. 1. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2001.

VERÇOSA. Haroldo Malheiros Duclerc. Correção monetária na falência e na concordata: este assunto precisa ser definitivamente resolvido. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova Série**. São Paulo, Ano XXX, n. 81, p. 119-133, jan./mar. 1991