

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO EMPRESARIAL E TRIBUTÁRIO

**O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: EVOLUÇÃO EM RELAÇÃO À
CONCORDATA E ANÁLISE DE SUAS INOVAÇÕES**

FERNANDO MARTINEZ HUNGARO

Presidente Prudente/SP

2015

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO EMPRESARIAL E TRIBUTÁRIO

**O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: EVOLUÇÃO EM RELAÇÃO À
CONCORDATA E ANÁLISE DE SUAS INOVAÇÕES**

FERNANDO MARTINEZ HUNGARO

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Especialista em Direito Empresarial e Tributário, sob orientação do Professor-Mestre Edson Freitas de Oliveira.

Presidente Prudente/SP

2015

**O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: EVOLUÇÃO EM RELAÇÃO À
CONCORDATA E ANÁLISE DE SUAS INOVAÇÕES**

Monografia aprovada como requisito parcial
de Conclusão de Curso para obtenção do
Grau de Especialista em Direito Empresarial
e Tributário.

Edson Freitas de Oliveira

Ana Laura Teixeira Martelli Theodoro

Wilton Boigues Corbalan Tebar

Presidente Prudente, 07 de novembro de 2015.

“A persistência é o menor caminho para o êxito”.

Charles Chaplin.

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho traduz uma síntese de todo o aprendizado adquirido ao longo de dois anos de estudos de pós-graduação no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente/SP, instituição que aprendi honrar e a respeitar não apenas pela tradição, mas também pelo brilhante corpo docente e pelos competentes colaboradores que nela atuam.

De fato, torna-se uma tortuosa tarefa resumir em poucas linhas tudo o que gostaria de dizer àqueles que me acompanharam nesta jornada de alegrias, preocupações e, acima de tudo, de muitas amizades e momentos prazerosos que deixarão saudades.

Primeiramente, cabe a mim agradecer a Deus, posteriormente dedicando este trabalho aos meus pais (Fernando e Christiane), ao meu irmão Fábio e à minha namorada Rafaela pelo apoio incondicional ao longo do curso. Não poderia deixar de citar também os meus avós que sempre se dispuseram a ajudar nos momentos difíceis e a compartilhar as alegrias de uma forma especial e carinhosa.

Por fim, gostaria de agradecer ao meu orientador, Professor-Mestre Edson Freitas de Oliveira, pelo apoio na escolha do tema e posterior elaboração do presente trabalho, bem como pelas preciosas indicações e direcionamentos sobre os caminhos a serem seguidos em seu desenvolvimento.

RESUMO

O presente trabalho faz um estudo pormenorizado da recuperação judicial, instrumento recuperacional trazido pela Lei 11.101/2005, considerando seu conceito, procedimento, inovações doutrinariamente reconhecidas e aspectos relevantes para a compreensão do tema. Para tanto, inicia o estudo contemplando as minúcias históricas do direito falimentar comparado e, posteriormente, brasileiro. Em tal contexto, ainda que sejam abordados os procedimentos falimentares e recuperacionais desde o descobrimento do Brasil, foco é dado à concordata por ser este o procedimento imediatamente anterior à recuperação judicial, razão pela qual se constitui no parâmetro de avaliação para a análise das inovações trazidas pela nova ferramenta recuperacional. Em sede da concordata, faz-se a abordagem de seu conceito, modalidades, abrangência, créditos elegíveis ao procedimento e aspectos negativos apontados de forma recorrente pela doutrina. Já quanto à recuperação judicial, considera-se, de maneira semelhante e para fins comparativos, o seu conceito, as inovações apontadas pela doutrina, o procedimento instituído pela Lei 11.101/2005, juntamente com os meios recuperacionais exemplificativos decorrentes do texto legal. Na sequência do trabalho, transpondo a recuperação judicial para um viés prático, faz-se um estudo de seus aspectos positivos e negativos constatados na prática após dez anos de vigência da nova legislação falimentar, prosseguindo-se com uma análise empírica do uso da ferramenta e de sua respectiva eficiência no apoio de empresários em crise. Finaliza-se o trabalho com a verificação das possibilidades de desvirtuamento de objetivos advindas do novo procedimento recuperacional, ocasião em que se estuda o contexto normativo para análise de possíveis brechas para que empresários fraudulentamente se utilizem dos mecanismos de recuperação empresarial para proteger seu patrimônio em detrimento da função social da empresa.

Palavras-chave: Direito Empresarial. Direito Falimentar. Falência e Recuperação Judicial. Recuperação de Empresas.

ABSTRACT

This paper makes a detailed study from judicial recovery, an instrument brought by 11.101/2005 Law, considering its concept, procedure, doctrinally recognized innovations and relevance to the understanding of the subject. To achieve this objective, the study begins considering the historical points of bankruptcy comparative law and later Brazilian law. In this context, although the bankruptcy proceedings be addressed since the discovery of Brazil, focus is given to bankruptcy because this is the procedure immediately preceding the judicial recovery, which is why it is the endpoint for the analysis of brought innovations by the new tool. Considering the bankruptcy, the approach is given on its concept, modalities, scope, credits eligible procedure and negative aspects pointed out on a recurring basis for the doctrine. As for the judicial recovery, it is considered in a similar way and for comparative purposes, the concept, the innovations identified by the doctrine, the procedure established by 11.101/2005 Law, along with exemplary recovery instruments arising from the legal text. Following the work, transposing bankruptcy protection for a practical bias, there is a study of its positive and negative aspects observed in practice after ten years of the new bankruptcy legislation, continuing up with an empirical analysis of tool use and their respective efficiency in support of business in crisis. The work is finalized with the verification of possibilities arising goals of the new recovery procedure, at which time studying the regulatory framework for analysis of possible loopholes for businessmen fraudulently are used for business recovery mechanisms to protect their wealth at the expense of the social function of the company.

Keywords: Business Law. Bankruptcy Law. Bankruptcy and Judicial Recovery. Corporate Recovery.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O DIREITO FALIMENTAR: CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS	10
2.1 O DIREITO FALIMENTAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	15
3 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL: CONCEITO E ASPECTOS DE DESTAQUE	21
3.1 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL: CONCEITO	21
3.2 NATUREZA JURÍDICA, LEGITIMADOS E JUÍZO COMPETENTE	25
3.3 MEIOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	29
3.4 SÍNTESE DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	32
4 DA CONCORDATA À RECUPERAÇÃO JUDICIAL: ESTUDO COMPARATIVO	35
4.1 A CONCORDATA NO DIREITO FALIMENTAR BRASILEIRO	35
4.2 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL PERANTE A CONCORDATA	40
5 ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS CONSTATADOS NA PRÁTICA	45
5.1 ASPECTOS POSITIVOS	45
5.2 ASPECTOS NEGATIVOS	50
5.2.1 As possibilidades de desvirtuamento no âmbito da recuperação judicial	54
5.3 A EFICIÊNCIA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	56
6 CONCLUSÕES	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	64

1 INTRODUÇÃO

A atividade empresarial é historicamente pautada por ciclos. Considerando os elevados riscos e o grande número de agentes de interesse, sejam eles clientes, fornecedores, o próprio Governo ou os interessados internos, o empresário necessita de ferramentas legais para se socorrer frente a crises internas e externas. O direito falimentar, sendo o ramo do Direito que se alinha à função de apoio na gestão de crises empresariais, necessita de atualizações e revisões para estar sempre adequado às necessidades do empresário em crise.

Tendo tais argumentos em vista, o presente trabalho abordou a ferramenta recuperacional alternativa à falência após o advento da Lei 11.101/2005, qual seja, a Recuperação Judicial. Trata-se de um instrumento que veio para substituir a então existente concordata, em suas modalidades preventiva e suspensiva. Porém, mais do que a simples troca de instrumentos, tem-se agora um sistema recuperacional mais adequado e com maior abrangência de interesses, o que não havia na modalidade anterior.

Por tais razões, escolheu-se esmiuçar tal tema para melhor compreender suas peculiaridades frente aos institutos anteriormente em vigor, efetuando-se, ao final, a verificação sobre a adequação dos objetivos traçados pelo legislador frente à função social da empresa. Para tanto, a fim de atingir tais objetivos, a pesquisa se utilizou dos métodos dedutivo e sistêmico no intuito de posicionar a recuperação judicial em relação aos institutos anteriores e, posteriormente, olhar para seus aspectos diferenciadores, tanto positivos quanto negativos.

Portanto, o estudo dissertou, em seu capítulo inicial, a respeito da evolução histórica do direito falimentar, considerando as diversas perspectivas sob as quais a falência foi vista no decorrer dos séculos. Nesse ponto, se trouxe também o apontamento a respeito das formas alternativas à quebra em si. Preliminarmente, realizou-se o estudo na falência sob sua evolução mundial. Posteriormente, adotou-se uma visão vertical sobre o caso brasileiro, na qual foram estudadas as diversas legislações falimentares desde o Brasil colônia.

Em tal aspecto, enfoque foi dado ao Decreto-lei 7.661, de 1945. Trata-se de uma norma falimentar que vigorou por sessenta anos e serviu de base para o direito falimentar da segunda metade do século XX, razão pela qual se extraiu da mesma um estudo acerca da concordata, após a conceituação e detalhamento da recuperação judicial, o que foi feito no terceiro capítulo. Em tal raciocínio, efetuou-se uma síntese das principais inovações e do procedimento recuperacional em si.

Em sede do instrumento concordatário, se estudou seus principais pontos relevantes, tendo em vista o tema do presente trabalho. Assim, no quarto capítulo, indispensável foi a abordagem comparativa entre a concordata e a recuperação judicial, na qual se visualizou como a segunda vem, nos dez anos de vigência da nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas (Lei 11.101/2005), substituindo a primeira ao trazer meios de recuperação mais eficientes.

De tal forma, seguiu-se o presente estudo com a abordagem da recuperação judicial em seus aspectos positivos e negativos constatados no decorrer dos dez anos de vigência da lei, trazendo, para tanto, as interpretações doutrinárias a respeito da recuperação judicial. Em tal contexto, os aspectos negativos foram acompanhados de sugestões de mudanças que venham a minimizar seus efeitos então criticados. Ainda em tal tópico, abordou-se as possibilidades de desvirtuamento presentes no âmbito do procedimento recuperacional. Em seguida, fez-se ainda um estudo da eficiência da recuperação judicial, por meio da exposição empírica decorrente do uso da ferramenta nos momentos de crise empresarial.

Finalizando o presente trabalho, após a exposição de todos os temas necessários para a correta compreensão do instituto da recuperação judicial, concluiu-se pela efetiva inovação trazida pela Lei 11.101/2005. Certo é que, ainda que haja divergências doutrinárias, o instrumento é bastante superior ao que já se viu no ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual tende a ser bastante utilizado pelo empresário que venha a enfrentar crises nas quais não possa, por sua conta e risco, solucionar seus problemas econômico-financeiros.

2 O DIREITO FALIMENTAR: CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

As origens do direito falimentar estão diretamente ligadas ao direito romano. Em tal conjunto normativo, a punição ao devedor insolvente era a resposta com a sua vida, ou seja, criou-se um direito falimentar cuja base era a execução corporal do devedor. Na vigência da Lei das XII Tábuas, a execução por dívidas se traduzia na possibilidade de prender acorrentado aquele que não honrasse suas dívidas pelo prazo de sessenta dias, dentro do qual o devedor deveria quitar o débito. Na falta de pagamento, ocorria a venda do mau pagador como escravo ao longo do Rio Tibre. Alternativamente, a pena de morte era considerada legítima (PERIN JÚNIOR, 2011, p. 31).

Entretanto, observa-se nesse sistema executório que, ainda que o devedor fosse morto, a propriedade de seus bens não era expropriada. Ou seja, dava-se à execução um caráter penal e extrapatrimonial, fato que dificultava inclusive o recebimento por parte do credor. Tanto é que, com o crescimento do território romano, as fugas dos insolventes foram facilitadas e, assim, o sistema de execução corporal aos poucos perdeu sua eficiência.

Conforme Ecio Perin Júnior (2011, p. 32):

O referido sistema durou até 428 a.C. e foi substituído com a promulgação, como já dissemos, da *Lex Poetelia Papiria*, que introduziu no direito romano a execução patrimonial.

Dessa forma, limitou-se o caráter privado da execução pela ingerência do magistrado. Abolida a faculdade de matar o devedor, de vendê-lo como escravo, de mantê-lo encarcerado ou encadeado, de certo modo se prescreveu a execução pessoal, não obstante subsistente.

Ainda no direito romano, Fazzio Júnior (2005, p. 22) pontua que tal legislação trouxe o embrião de alguns conceitos aplicados ao direito falimentar até os dias atuais, quais sejam: a assembléia de credores, a classificação dos créditos, a revogação dos atos fraudulentos do devedor e, sobretudo, a regra da *par conditio omnium creditorum*, relacionada à paridade de credores. Assim, no direito romano, os credores recebiam tratamento

igualitário, no sentido de se pagar proporcionalmente todos os credores dentro de determinadas classes.

Passando-se à Idade Média, observa-se um desenvolvimento do instituto falimentar especialmente nas cidades italianas. Em seus estatutos corporativos, pode-se notar uma evolução em direção à restrição do caráter privado da execução, embora isso não se traduzisse na emancipação física do devedor.

Indicadores históricos demonstram, segundo Fazzio Júnior (2005, p. 23), que o estatuto da cidade de Verona, datado do século XIII, traz o primeiro esboço das regras que vieram a constituir o instituto da falência com feições mais atuais, especificamente no que tange à transposição da execução pessoal para a execução patrimonial do devedor. Todavia, cabe ressaltar o caráter punitivo moral que ainda predominava, ou seja, ser devedor caracterizava a exclusão do italiano medieval da sociedade, razão pela qual a fuga ainda continuava como alternativa para muitos, posto que era preferível fugir a viver em estado de degradação moral.

Perin Júnior (2011, p. 33) menciona ainda uma divergência doutrinária em relação ao objeto do procedimento falimentar:

Uns consideravam, sem distinção, o comerciante e o não comerciante, bastando apenas a situação de insolvência e o correlativo não pagamento, para ser desencadeado o mecanismo de execução.

Uma outra doutrina passava a distinguir a pessoa do *decoctor*, na sua profissão ou atividade, considerando a figura do comerciante inadimplente, merecedora de um procedimento mais severo e penalizador, não só pela responsabilidade comercial, como também pelas consequências negativas que, para o comércio em geral, tal procedimento acarretava.

Waldo Fazzio Júnior (2005, p. 24), por sua vez, aponta no direito medieval do século XV o surgimento de uma espécie de concordata mediada pela autoridade pública, a qual homologava um acordo amigável feito com a maioria dos credores. Adicionalmente, aponta o autor para o estatuto da cidade de Pádua, o qual permitia o salvo-conduto, este entendido como a possibilidade do devedor fugitivo retornar com proteção para que houvesse a conclusão dos entendimentos com seus credores.

O mesmo autor (2005, p. 24) realiza, ainda, uma síntese do direito falimentar em seu aspecto medieval:

Sintetizando, o concurso creditício regulado nas comunas italianas não era exclusivo dos mercadores, tinha feição predominantemente penal, transformou-se lentamente de execução pessoal em patrimonial e trouxe à luz as primeiras acordanças tendentes a evitar a liquidação.

O atento exame dos institutos medievais revela que o instituto da falência, nesse período, não estava confinado no universo mercantil. Estendia-se a todos os defraudadores de crédito. Contudo, é inegável que o evento falência ocorria com mais frequência nas relações mercantis, que tinham e têm a boa fé e o crédito como seus elementos de fundo.

Amador Paes de Almeida (2014, p. 30), ao discorrer sobre o direito falimentar na Idade Média, aponta para a tutela estatal como destaque. Para o autor, o período medieval é marcado pela rigidez na disciplina do concurso creditório, com a obrigatoriedade de os credores se habilitarem em juízo, cabendo ao juiz zelar pela partilha correta dos bens. Ressalta, ainda, Almeida (2014, p. 31), o caráter delitivo da falência, havendo inclusive penas de mutilação aos devedores.

É possível, portanto, verificar que a Idade Média trouxe algumas evoluções ao instituto falimentar, especialmente no que se refere à priorização da execução patrimonial em detrimento da execução pessoal, também chamada de corporal, vigente no direito romano.

Finda a Idade Média, a doutrina destaca o Código Napoleônico como sendo o momento posterior de maior relevância para o instituto falimentar. Tal codificação recebeu também o nome de *Code de Commerce* (Código de Comércio), de modo que inovava ao restringir a falência ao devedor comerciante, ainda que continuasse a considerar o devedor faltoso um criminoso (PERIN JÚNIOR, 2011, p. 35).

Neste quesito, Amador Paes de Almeida assevera que (2014, p. 31):

Gradativamente, abrandam-se os rigores da legislação, assumindo a falência um caráter econômico-social, refletindo no seu bojo as profundas alterações por que passaria o direito comercial e que culminaria com a modificação do próprio conceito de empresa, vista hoje como uma instituição social.

Faz-se, então, a nítida distinção entre os devedores honestos e desonestos, facultando-se aos primeiros os favores da moratória, com o aperfeiçoamento da concordata, cujo embrião encontramos no *pactum est minus solvatur* e no *quinquenaes*.

Conforme anteriormente exposto, divergência existe quando se discute se a falência recaía sobre devedores comerciais ou sobre todo e qualquer devedor. Ecio Perin Júnior, ao analisar o tema em relação ao momento do Código Napoleônico, aponta para o entendimento de duas modalidades acerca do instituto da falência (2011, p. 36). A primeira modalidade é inerente ao Sistema Franco-Italiano, o qual confere à falência o caráter exclusivamente comercial. Por outro lado, o Sistema Anglo-Saxônico não diferenciava os devedores, de forma que a falência poderia incidir sobre qualquer devedor. O destaque, em tal tópico, ficava para a própria legislação inglesa do século XVIII.

Em momento histórico posterior, novas evoluções no instituto da falência ocorrem na primeira metade do século XX. As duas Grandes Guerras Mundiais, aliadas à Crise de 1929, levaram grande número de empresários, inclusive nos países desenvolvidos, à quebra. Ocorre então um colapso no sistema falimentar, o qual ensejava a necessidade por alterações. A concordata surge então como alternativa, pois se observa que a recuperação empresarial deveria ser a regra, ficando a falência em si com caráter subsidiário e aplicável somente quando a primeira fosse ineficaz. Isto pois o Estado interferia cada vez mais no âmbito econômico, especialmente quando veio à tona o Estado de bem-estar social (*Welfare State*).

Ganha, portanto, espaço a função social da empresa, juntamente com o princípio da preservação da empresa. Nas palavras de Waldo Fazzio Júnior (2005, p. 26):

A crescente unificação do direito privado e a interpenetração do direito público e do direito privado e, ainda, a valorização do direito fiscal, do direito do consumidor, do direito previdenciário e do direito financeiro praticamente obrigaram a procura de desfechos mais construtivos e menos radicais para as crises econômico-financeiras das empresas, principalmente das maiores.

Nessa conjuntura, a transformação do direito concursal veio como a resposta mais eficaz à necessidade de se estabilizar o mercado e atender aos interesses econômicos da coletividade.

Neste diapasão, cabe ressaltar o surgimento da Lei das Companhias Ferroviárias, em 1867, nos Estados Unidos, tido como o primeiro procedimento de recuperação empresarial. Tal dispositivo trouxe comandos específicos direcionados à prevenção da liquidação de empresas ferroviárias, mediante esquemas definidos de reorganização e composição de débitos. Em continuidade a essa legislação recuperacional, o *Bankruptcy Act*, editado em 1898, veio a aprimorar a lei ferroviária. Assim, passou-se a uma abrangência maior de setores passíveis de recuperação empresarial (FAZZIO JÚNIOR, 2005, p. 27).

Já na Europa, destacam-se, em termos de legislação de recuperação de empresas, a França, Itália, Portugal e Espanha. No caso francês, ganha relevância a Lei 84/148, de 1984, a qual regula a prevenção e composição amigável das dificuldades das empresas, bem como a lei de *redressement et liquidation judiciaires*, promulgada em 1985.

Na Itália, pontua-se a Lei 223, de 1991, cuja principal característica é o ânimo de salvaguardar a empresa, ao passo que, em Portugal, foi editado, em 1993, o Decreto-lei 132. Este institui o procedimento de recuperação da empresa e da falência.

Por fim, na Espanha o destaque fica para a Lei 22, de 9 de julho de 2003, a qual supera a diversidade de instituições concursais para comerciantes e não comerciantes, além de flexibilizar o procedimento de insolvência e instituir o convênio entre credores e devedor por meio de um plano de viabilidade (FAZZIO JÚNIOR, 2005, p. 27).

Feitas tais considerações acerca da evolução do direito falimentar ao redor do mundo, extrai-se que existe uma alteração de entendimentos pela qual se passa da execução corporal para a patrimonial, ao mesmo tempo em que o instituto falimentar lentamente se direciona para os devedores comerciantes e de boa fé, até mesmo por conta do princípio da preservação da empresa, cujas diretrizes são traçadas principalmente após o século XVIII. Ademais, cabe ressaltar a influência do Estado no direito concursal falimentar, pois, como observado, é crescente a intervenção estatal na legislação pertinente, especialmente por conta das crises econômicas ensejadoras da ampliação da atuação do ente governamental no poder econômico.

2.1 O Direito Falimentar no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Tecidas as devidas pontuações históricas sobre o instituto falimentar pelo mundo, passa-se a analisar o ordenamento jurídico brasileiro. Para José Cretella Neto (2005, p. 5), o instituto da falência no Brasil passa por seis fases, enquanto que Ecio Perin Júnior (2011, p. 37) aborda a falência pela perspectiva política, diferenciando três momentos: colonial, imperial e republicano.

Em 1500, ano do descobrimento do Brasil, vigoravam em Portugal as *Ordenações Afonsinas*. Sendo o território brasileiro então uma colônia portuguesa, aplicava-se aqui o arcabouço jurídico vigente no país colonizador. Entretanto, já em 1521, o Rei D. Manuel institui as *Ordenações Manuelinas*. Nas palavras de Perin Júnior (2011, p. 37):

As referidas Ordenações (Manuelinas) previam, dentre outras coisas, que, ocorrendo a falência, o devedor seria preso até pagar o que devia aos credores.

Por outro lado, levando em consideração a influência do direito italiano, poderia o devedor ceder seus bens aos credores, evitando assim a sua prisão.

Em 1603, são promulgadas as *Ordenações Filipinas*, de imediata aplicação no Brasil, local em que começa a se desenvolver, ainda que em pequena escala, a atividade mercantil. No entanto, o primeiro marco do direito falimentar brasileiro foi o Alvará, instituído pelo Marquês de Pombal em 1756, o qual introduz no Brasil um original e autêntico processo de falência, exclusivo para comerciantes e com espírito de humanidade. Perin Júnior (2011, p. 37), informa que o falido deveria se apresentar à Junta do Comércio e mencionar a verdadeira causa da falência:

Após efetuar a entrega das chaves dos armazéns das fazendas, declarava todos os seus bens móveis, fazenda entrega, na oportunidade, do livro Diário, no qual deveriam estar lançados todos os assentos de todas as mercadorias, com a discriminação das despesas efetuadas. Ultimado o inventário dos bens do falido, seguir-se-ia a publicação do edital, convocando os credores. Do produto da arrecadação, dez por cento eram destinados ao próprio falido para sustento seu e de sua família, repartindo-se o restante entre os

credores. Fraudulenta que fosse a falência, era decretada a prisão do comerciante, seguindo-se-lhe o processo penal.

O Alvará, instituído em 1756, vigorou até 1850, portanto estava em plena vigência quando da Independência do Brasil. Em referido ano (1850), foi promulgado o Código Comercial brasileiro, fortemente inspirado no Código Napoleônico. Fato é que, por conta da Lei de 18 de agosto de 1769, conhecida como *Lei da Boa Razão*, já havia determinação expressa de Portugal pela aplicação do Código Napoleônico no Brasil. O Código Comercial apenas veio a oficializar tal aplicação ao, inspirado pela legislação francesa, sistematizar suas normas em um conjunto próprio de dispositivos (CRETELLA NETO, 2005, p. 5).

O Código Comercial de 1850 disciplinava a falência em sua Parte III, denominada “Das Quebras” (artigos 797 a 913), caracterizando-a como a cessação de pagamentos do comerciante, seguindo o modelo francês. Tratava-se de um procedimento dispendioso e lento, no qual jamais foram satisfeitas as aspirações dos comerciantes, haja vista que sua complexidade não permitia o novo acesso ao crédito.

Por tais motivos, a legislação vigente foi alterada pelo Decreto Republicano 917/1890, elaborado por Carlos Augusto de Carvalho logo após a proclamação da República (CRETELLA NETO, 2005, p. 7) e com inspiração na legislação suíça. Tal norma define a falência por meio de critérios objetivos, em especial a impontualidade de pagamento na obrigação líquida, certa e exigível por parte do devedor comerciante. O novo instituto, ainda segundo Cretella Neto (2005, p. 7), trouxe institutos preventivos à falência, como a moratória, a cessação de bens, o acordo extrajudicial e a concordata preventiva. Tais institutos, para Ecio Perin Júnior (2011, p. 39), foram responsáveis pela entrada de fraudes no direito falimentar brasileiro, razão pela qual rapidamente houve alterações na legislação.

Em 1902, entra em vigor a Lei 859, a qual, segundo Perin Júnior (2011, p. 40):

Procurou vedar os abusos ocorridos (principalmente no que diz respeito às moratórias), não propiciando, porém, o alcance esperado para a solução dos conflitos referentes ao processo falimentar. Não ficou como era esperado.

Sua vigência, com a novidade da nomeação de síndicos pelos juízes dentre uma lista de nomes organizada livremente pelas juntas comerciais, ocasionou tantos escândalos que o Congresso tomou a iniciativa de substituí-la.

Portanto, já em 1908, ocorre nova alteração legislativa, desta vez com a entrada em vigor da Lei 2.024. Trata-se, segundo a doutrina (CRETELLA NETO, 2005, p. 8; PERIN JÚNIOR, 2011, p. 40), de uma consagração dos princípios adequados trazidos pelo Decreto Republicano 917/1890, com a substituição daqueles dispositivos inadequados deste e da Lei 859/1902. Houve, portanto, simplificações no mecanismo processual, além do reforço da proteção a credores e devedores de boa fé. Ainda, se enfatizou a imposição de sanções aos fraudadores. Entretanto, sua vigência limitou-se a vinte e um anos, também devido, segundo os citados autores, a um Poder Judiciário pouco enérgico e ilustrado.

Assim, em 1929, é instituído o Decreto 5.746, com a finalidade expressa de aperfeiçoar a Lei 2.024/1908. Segundo Maria Celeste Morais Guimarães (2001, p. 56):

Ainda assim, a experiência demonstrou defeitos e lacunas na Lei 2.024/1908, que o Congresso procurou corrigir, elaborando nova lei de falências, o Decreto 5.746 de 9 de dezembro de 1929, o qual reproduz, com algumas modificações, a lei anterior.

Ainda segundo Guimarães (2001, p. 56), as principais modificações foram: quanto à massa falida, deveria a mesma ser administrada por somente um síndico durante o período de informação da falência, e não mais por um ou três; no período de liquidação, os credores deveriam ser eleitos por apenas um liquidatário, e não mais por um ou três.

Estatuía ainda o Decreto 5.746 que, para ser válida e produzir efeitos, a proposta de concordata não poderia ser inferior a quarenta por cento, se o pagamento fosse à vista; se fosse a prazo, este não poderia ser superior a dois anos.

Tendo em vista imperfeições ainda remanescentes e prejudiciais aos devedores, houve a promulgação do Decreto-lei 7.661/1945. Tal dispositivo viria para reforçar os poderes do juiz, com a consequente diminuição da

influência dos credores. Trazia, ainda, segundo José Cretella Neto (2005, p. 9), duas modalidades de concordata – a preventiva e a suspensiva. Segundo Perin Júnior (2011, p. 41), a concordata “deixou de ser um contrato, para ser um benefício concedido pelo Estado, através do juiz, ao devedor infeliz e honesto”.

Entretanto, fato é que, ainda que houvesse modificações processuais no instituto falimentar, o mesmo continuava a ser um mero procedimento para pagamento dos credores após a constatação de que a empresa não mais poderia sobreviver. Não se considerava o princípio da preservação da empresa, caso em que a falência seria a última alternativa a se pensar, haja vista suas drásticas consequências sociais e econômicas, principalmente quanto ao desemprego gerado pelas demissões após o fechamento da empresa.

Nesse cenário, e após muitas alterações do Decreto-lei 7.661/1945, foi submetido ao Legislativo, em 1993, o Projeto de Lei 4.376. Doze anos depois, em 9 de fevereiro de 2005, entra em vigência a Lei 11.101. Segundo José Cretella Neto, em uma análise crítica (2005, p. 11):

Entra em vigor uma nova lei, que procura adequar a disciplina do que poderíamos denominar “dificuldades econômico-financeiras da empresa” a um Mundo onde não interessa punir a empresa, e sim, o mau empresário, distinguindo-o do empresário honesto, que se vê às voltas com dificuldades de caixa, muitas vezes momentâneas, para fazer frente aos seus inúmeros compromissos.

Segundo Amador Paes de Almeida (2014, p. 33), a atual legislação falimentar (Lei 11.101/2005 – denominada doutrinariamente Lei de Falências e de Recuperação de Empresas) traz sensíveis inovações, tendo como princípio fundamental a recuperação econômica da empresa. É justamente essa a letra do artigo 47 da referida Lei, ao tratar da manutenção da fonte produtora, dos interesses dos credores, da geração de empregos, da função social e do estímulo à atividade econômica.

Ainda segundo Almeida (2014, p. 33), são os seguintes os princípios fundamentais da legislação falimentar brasileira atual:

1. Preservação da empresa;
2. Separação dos conceitos da empresa e de empresário;
3. Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis;

4. Retirada do mercado de sociedades e empresários não recuperáveis;
5. Proteção aos trabalhadores;
6. Redução do custo do crédito no Brasil;
7. Celeridade e eficiência dos processos judiciais;
8. Segurança jurídica;
9. Participação ativa dos credores;
10. Maximização do valor dos ativos do falido;
11. Desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte;
12. Rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial.

No que tange às inovações trazidas pela nova legislação, cabe ressaltar (ALMEIDA, 2014, p. 35):

1. Extinção da concordata preventiva e suspensiva;
2. Alteração da denominação de *síndico* para *administrador judicial*;
3. Criação do comitê de credores;
4. Criação da assembléia geral de credores;
5. Limitação da preferência do crédito trabalhista a cento e cinquenta salários mínimos por credor;
6. Criação da recuperação extrajudicial e judicial da empresa.

Portanto, entre as inovações ora abordadas, destaque cabe à instituição da Recuperação Judicial, tema do presente trabalho. Verifica-se, com sua criação, a extinção dos procedimentos da concordata preventiva e suspensiva, anteriormente vigentes, as quais serão mais bem detalhadas adiante, com a consequente instituição de um novo procedimento recuperacional mais abrangente e célere.

Em síntese, observa-se, pela redação do presente capítulo, as formas de evolução do direito falimentar ao longo da história, com foco no caso brasileiro. É possível verificar que a execução corporal dá lugar à execução

patrimonial do devedor insolvente, ao passo que os princípios falimentares evoluem no sentido de que a falência passe a constituir a exceção, e não a regra de um processo de preservação da empresa como sendo a própria proteção dos cidadãos.

A preservação da empresa implica na preservação dos empregos e ainda da arrecadação governamental, a qual se reverte prioritariamente em benefício da população. É esse o ponto chave da nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, a qual, como o próprio nome ressalta, destina-se também a recuperar, e não somente a liquidar uma empresa. Feitas tais considerações históricas iniciais, passa-se ao instituto da Recuperação Judicial em si.

3 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL: CONCEITO E ASPECTOS DE DESTAQUE

O capítulo anterior do presente trabalho, ao detalhar a evolução histórica do direito falimentar, deixa clara a alteração da execução corporal para a execução patrimonial. Aponta, ainda, que a falência deixa de ser a regra e passa a ser a exceção, haja vista o surgimento de princípios relacionados à recuperação e à preservação da empresa, por conta dos benefícios que a atividade empresarial propicia nos mais variados setores.

Especificamente no caso brasileiro, verificou-se que diversas foram as alterações no direito falimentar vigente desde o período colonial até o século XXI. Após várias alterações legislativas, muitas delas com pequeno período de vigência, fora sancionada a Lei 11.101, em 9 de fevereiro de 2005, a qual trouxe as inovações ora pontualmente elencadas. Tal legislação consagra, assim, o princípio da preservação da empresa, principalmente quando desenha métodos alternativos à falência, dentre os quais a recuperação judicial e a extrajudicial.

No presente trabalho, o enfoque ficará adstrito à recuperação judicial, de modo que passa-se, a partir de agora, a conceituá-la e analisar seus aspectos relevantes para, posteriormente, verificar seus aspectos positivos e negativos nos dez anos de sua existência no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 A Recuperação Judicial: Conceito

Ao proferir um discurso na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1983, Fábio Konder Comparato (1983) apud Maria Celeste Moraes Guimarães (2001, p. 29) pontua que:

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 do país, pela organização do trabalho assalariado.

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, como os investidores de capital, os fornecedores e os prestadores de serviços.

Mas a importância social dessa instituição não se limita a esses efeitos notórios. Decisiva é hoje, também, sua influência na fixação do comportamento de outras instituições e grupos sociais que, no passado ainda recente, viviam fora do alcance da vida empresarial. Tanto as escolas quanto as universidades, os hospitais e os centros de pesquisa médica, as associações artísticas e os clubes desportivos – todo esse mundo tradicionalmente avesso aos negócios viu-se englobado na vasta área de atuação da empresa. A constelação de valores típica do mundo empresarial – o utilitarismo, a eficiência técnica, a inovação permanente, a economicidade de meios – acabou por avassalar todos os espíritos, homogeneizando atitudes e aspirações.

Tal citação ilustra o papel da empresa no mundo contemporâneo, o qual não mais se restringe à geração de lucros. A atividade empresarial assume um cunho social, não apenas de geração de empregos, mas de proteção aos interesses de uma gama de entidades que trocam conhecimentos e experiências com a empresa. Está, portanto, o dinamismo empresarial no epicentro de diversas categorias de pessoas físicas e jurídicas.

A Constituição Federal de 1988, ao tratar da ordem econômica e financeira, no artigo 170, reconhece esse movimento em direção à valorização do papel empresarial, tanto que traz como princípios a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a busca do pleno emprego e um tratamento diferenciado para as empresas nacionais de pequeno porte, entre outros. Observa-se, portanto, que o legislador constituinte trouxe ao ápice do ordenamento jurídico brasileiro os valores protetivos da função da empresa.

Entretanto, não basta um arcabouço normativo que contemple princípios e valores protetores da atividade empresarial. Necessária é, também, a existência de mecanismos que venham a resguardar o empresário e sua atividade das adversidades econômicas e políticas, principalmente das crises que trazem ao empreendedor dificuldades para honrar seus inúmeros compromissos. Afinal, ao mesmo tempo em que se envolve com interesses dos mais diversos, a empresa também tem o dever de arcar com obrigações

bastante amplas, tais como o pagamento de salários, fornecedores e tributos, além de planejar e realizar investimentos que lhe permitam não apenas permanecer e sobreviver no mercado em que atua, mas também inovar para conquistar espaço e aumentar a eficiência dos fatores de produção.

Sendo assim, considerando-se tais adversidades, necessário se faz um conjunto de medidas que venha a impedir o empresário de sucumbir diante de dificuldades das mais variadas origens, afinal ele toma para si o risco do seu negócio. Como exposto anteriormente, a nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas (Lei 11.101, de 2005), incorporando os princípios da preservação da empresa e da sua recuperação em momentos de crise, trouxe em seu bojo duas alternativas recuperacionais: a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial.

Carlos Eduardo Quadros Domingos (2009, p. 77) enumera os princípios e finalidades da Lei 11.101/2005, quais sejam:

1. Princípio da preservação da empresa;
2. Princípio da função social;
3. Princípio da participação ativa dos credores;
4. Princípio do *par conditio creditorium*;
5. Princípio da proteção ao trabalhador;
6. Princípio da publicidade.

Portanto, tendo em vista, o exposto até aqui, verifica-se que a recuperação judicial é uma alternativa viável e transparente ao processo falimentar. A própria Lei 11.101/2005 faz a conceituação do procedimento recuperacional em seu artigo 47:

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.

Ou seja, tem-se que o conceito legal da recuperação judicial vai ao encontro dos princípios da própria Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. Fábio Ulhoa Coelho (2011, p. 171) informa que:

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 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 atendimento aos interesses dos credores. Diz-se que, recuperada, a empresa poderá cumprir a sua função social.

Já Manoel Justino Bezerra Filho (2006, p. 89) dá, também, o seu parecer a respeito da recuperação judicial:

A recuperação judicial destina-se às empresas que estejam em situação de crise econômico-financeira, com possibilidade, porém, de superação, pois aquelas em tal estado, porém em crise de natureza insuperável, devem ter sua falência decretada, até para que não se tornem elemento de perturbação do bom andamento das relações econômicas no mercado.

Portanto, feitas as considerações no presente tópico, pode-se delimitar a recuperação judicial como sendo um procedimento alternativo à falência, destinado a empresas em crise, porém recuperáveis. Dentro dos princípios da preservação da empresa, de sua função social e da proteção ao trabalhador, a Lei 11.101/2005 traz um conjunto de meios destinados a dar fôlego ao empresário em dificuldades, imaginando na sua quebra um processo irreversível de perdas para muitos envolvidos.

3.2 Natureza Jurídica, Legitimados e Juízo Competente

Em comparação com a concordata, que, como visto, era a alternativa recuperacional à falência até a entrada em vigência da Lei 11.101/2005, a recuperação judicial não é um benefício legal, ou seja, concedido obrigatoriamente pelo juiz independentemente da vontade dos credores.

Para Amador Paes de Almeida (2014, p. 321), é essa a letra dos artigos 56 a 58 da nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, ou seja, a assembléia geral de credores recebe o poder de decidir se o empresário irá ou não ter oportunidade de se recuperar, uma vez que, não aprovado o plano de recuperação judicial, o juiz decretará automaticamente a falência do devedor, conforme disposto no artigo 56, § 4º da Lei. Excepciona-se, porém, uma alternativa disposta no artigo 58, § 1º:

§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes;

II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

§ 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

Fica, assim, patente a natureza contratual do procedimento de recuperação judicial, pois, em qualquer das duas hipóteses, a aprovação dos credores ou adoção de plano alternativo são pressupostos para o deferimento da recuperação, sendo que a inexistência de impugnação traz a concordância tácita em relação ao plano apresentado. Certo é, conforme Almeida (2014, p. 322), que a apresentação do plano e a sua posterior aceitação geram novas obrigações ao empresário, no que tange a valores e prazos de pagamento de seus credores. Daí a feição contratual do instituto, a qual não se confunde com

a natureza jurídica da sentença concessiva da recuperação judicial, sendo esta constitutiva, posto que cria situações novas implicadoras da novação dos créditos (artigo 59) e altera a relação do devedor com seus credores.

Neste diapasão, Waldo Fazzio Junior (2005, p. 129) faz uma abordagem a respeito da ação de recuperação judicial. Segundo o autor, além da natureza constitutiva já mencionada, cabe ressaltar que o devedor postula, na recuperação judicial, um “tratamento especial, justificável, para remover a crise econômico-financeira de que padece”. Trata-se de uma solução anormal para uma situação também anormal:

Na ação de recuperação judicial, o objeto mediato é a salvação da atividade empresarial em risco e o objeto imediato é a satisfação, ainda que impontual, dos credores, dos empregados, do Poder Público e, também, dos consumidores. Não é mera declaração de reconhecimento de uma situação de crise que o Direito considera relevante. É a instituição de um regime jurídico especial para o encaminhamento de soluções para referida crise, seus desdobramentos e repercussões.

No que tange aos sujeitos ativos legitimados a demandarem em um processo de recuperação judicial, Domingos (2009, p. 93), assevera que “o artigo 1º da Lei 11.101 prevê como legitimados para requererem a recuperação judicial o empresário e a sociedade empresária”. Por outro lado, os conceitos de empresário e sociedade empresária devem ser extraídos dos artigos 966 e 982 do Código Civil brasileiro - Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

Portanto, verifica-se a ligação entre os dois conceitos, de modo que o empresário exerce suas atividades por meio da constituição de uma

sociedade empresária. Nos termos da Lei 11.101, são esses os sujeitos ativos legitimados principais da recuperação judicial. Desta forma, a sociedade simples não poderá requerer a recuperação, salvo se o exercício da atividade constituir elemento de empresa, proibição esta também estendida às sociedades cooperativas.

A sociedade em conta de participação também não poderá requerer a recuperação judicial, haja vista não possuir personalidade jurídica. Tendo ela um sócio ostensivo na condição de empresário regular, somente ele estará sujeito à falência, nos termos dos artigos 991 e seguintes do Código Civil brasileiro.

Ademais, o artigo 48 da Lei 11.101/2005 delimita um rol de requisitos cumulativos para que o devedor possa requerer a recuperação judicial (DOMINGOS, 2009, p. 96):

1. O exercício regular da atividade empresária há mais de dois anos;
2. Que o requerente não seja falido. Caso o seja, que estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades decorrentes do processo falimentar;
3. Não ter obtido a concessão de recuperação judicial há menos de cinco anos;
4. Não ter obtido a concessão de recuperação judicial com base no plano de recuperação judicial para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte há menos de oito anos;
5. Não ter sido condenado, ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes da Lei 11.101/2005.

Amador Paes de Almeida (2014, p. 323) traz ainda três outras hipóteses de legitimados: o cônjuge sobrevivente, os herdeiros do devedor e o inventariante ou sócio remanescente. Trata-se, nas palavras do autor, do próprio exercício do princípio da preservação da empresa, uma vez que o empresário falecido legitima ser meeiros e herdeiros a darem continuidade à

atividade empresarial, cabendo a eles, portanto, também postularem o pedido recuperacional.

Definidos os legitimados, necessária se faz a verificação do artigo 2º da Lei 11.101/2005, o qual traz vedações a determinados sujeitos. Estes não são elegíveis, por disposição legal, à recuperação judicial, a saber:

1. A empresa pública;
2. A sociedade de economia mista;
3. Instituições financeiras públicas e privadas;
4. Cooperativas de crédito;
5. Consórcios;
6. Entidades de previdência complementar;
7. Sociedades operadoras de plano de assistência à saúde;
8. Sociedades seguradoras;
9. Sociedades de capitalização;
10. Entidades equiparadas às anteriores.

Traçados os legitimados para postular o pedido de recuperação judicial, cabem aqui considerações a respeito do juízo competente para referido pleito. Diz a Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, em seu artigo 3º, que a competência para o deferimento do pedido de recuperação judicial é o juízo do principal estabelecimento de devedor, o que não se confunde com sua sede contratual ou estatutária. Para Carlos Eduardo Quadros Domingos (2009, p. 100), cabe uma crítica doutrinária ao texto legal:

No tocante a pequenos empreendimentos onde há somente um estabelecimento, por óbvio não encontramos maiores dificuldades, despiciendo qualquer outro comentário sobre o assunto. Todavia, a complexidade surge quando há diversos estabelecimentos.

O juízo competente deve ser analisado a partir da melhor conveniência que atenda ao devedor que está em processo de recuperação judicial e seus credores. Como vimos anteriormente, a finalidade do legislador foi a pretensão de preservar a continuidade das atividades do empresário ou da sociedade empresária. Com isso, o procedimento recuperacional deve ser processado no juízo que melhor atenda ao princípio-mãe da preservação da empresa.

Portanto, observa-se que a determinação do juízo competente é uma decisão que não deriva de uma regra específica, posto que não

necessariamente será o endereço da sede da empresa. Desta forma, cabe ao devedor, em conjunto com seus credores, estabelecer qual será o juízo com a maior conveniência para processar o pedido recuperacional. Tal juízo pode ser, inclusive, aquele em que a empresa nunca desempenhou suas atividades, porém para lá está se mudando por conta de incentivos estatais necessários ao recomeço de suas atividades.

Cabe ainda destacar, segundo Domingos (2009, p. 102), que o juízo competente escolhido pelo devedor nos termos acima expostos não é absoluto, pois passará pelo crivo do Poder Judiciário no momento do processamento do pedido de recuperação judicial, ocasião em que poderá haver a conclusão pela incompetência após análise dos argumentos do devedor empresário. Aos credores, cabe também opinar a respeito do juízo competente quando da verificação do plano na assembléia geral.

3.3 Meios de Recuperação Judicial

Os meios de recuperação judicial não mais são que as alternativas que o devedor em crise econômico-financeira irá utilizar para salvaguardar sua empresa e, conseqüentemente, minimizar os prejuízos causados a terceiros. Diferentemente da legislação falimentar anterior (Decreto-lei 7.661/1945), na qual só se dava ao empresário a alternativa da concordata preventiva, a nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas foi bastante ampla. Assim é o texto do seu artigo 50:

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.

Ou seja, o legislador trouxe dezesseis alternativas para o empresário em crise econômico-financeira. Cabe ressaltar que a doutrina pesquisada (FAZZIO JÚNIOR, 2005, p. 143; DOMINGOS, 2009, p. 108; PERIN JÚNIOR, 2011, p. 369) entende o rol do artigo 50 como exemplificativo e não exaustivo, ou seja, podem ainda ser utilizados mecanismos recuperacionais diversos, desde que observada a finalidade maior da recuperação judicial, qual seja a preservação da empresa.

Waldo Fazzio Júnior (2005, p. 142) aponta ainda para a generosidade do artigo 50, posto que o dispositivo legal traz ferramentas das mais diversas naturezas, passando por reformulações administrativas, sucedâneos da concordata preventiva, contratos, modificações societárias estruturais, alienação de ativos, usufruto empresarial, administração compartilhada e emissão de valores mobiliários. Ou seja, existe, segundo o autor, uma liberdade de contratar benéfica à empresa necessitada de fôlego para colocar suas obrigações em ordem.

Cabe, ainda, ressaltar a fungibilidade inerente a tais meios, bem como sua possibilidade de coexistência. Ou seja, os meios de recuperação judicial não mutuamente se excluem. Adicionalmente, mesmo pela própria índole do procedimento recuperacional, a análise e determinação dos meios a serem utilizados deve ser casuística.

Ao dissertar sobre os meios de recuperação judicial, Ecio Perin Júnior (2011, p. 370) destaca, ainda, uma alternativa não prevista no rol exemplificativo do artigo 50, mas estratégica em sua análise:

Uma medida interessante do ponto de vista estratégico é a criação de uma empresa com o propósito específico de gerir e administrar fundos de investimento em participações de empresas estrangeiras, que poderiam, mediante distribuição de cotas, internalizar capital desses investidores estrangeiros para recuperar a empresa em crise, sem que sejam atingidos pela sucessão das obrigações preexistentes.

Essa medida é possível em decorrência da Instrução Normativa CVM n. 391, de 16 de julho de 2003, que em seu art. 2º define a constituição e característica dessa espécie de fundo.

Já Waldo Fazzio Júnior (2005, p. 143), destaca justamente o primeiro dos meios legais de recuperação judicial, qual seja a concessão de prazos especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas, como sendo o mais comum. Trata-se ainda, segundo o autor, de alternativa que traduz concordata, com a diferença de “não estipular valores e prazos mínimos. O legislador preferiu abandonar os rígidos parâmetros de pagamento parcelado estipulados na antiga concordata”.

Portanto, conclui-se, em síntese, que a nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas inovou ao flexibilizar os mecanismos recuperacionais. Diferentemente da legislação antiga, o atual legislador procurou exemplificar os meios, porém deixou a cargo do devedor analisar aqueles que lhe sejam mais convenientes, observado o princípio da preservação da empresa, bem como a licitude de tais alternativas.

3.4 Síntese do Processo de Recuperação Judicial

O processo de recuperação judicial vem desenhado na Lei 11.101/2005, porém também se faz necessário, para sua compreensão, o estudo do Código de Processo Civil brasileiro, posto que, como visto, a recuperação judicial adquire a caracterização de uma ação de natureza constitutiva, com uma sentença que determina a novação das obrigações do devedor em crise.

Para Waldo Fazzio Júnior (2005, p. 154), o processo de recuperação judicial se desenvolve em duas fases, a de processamento e a de execução do plano. O marco divisório entre ambas é a decisão interlocutória que defere o pedido recuperacional, ao passo que a ação constitutiva de recuperação judicial só nasce por provocação do devedor ao Poder Judiciário. Fazzio Júnior (2005, p. 155) relata, ainda, que a primeira fase (processamento) é bastante detalhada na Lei 11.101/2005, o que não ocorre com a fase de execução do plano. Isto é justificável, afinal a própria lei estabeleceu, como tratado em tópico anterior, dezesseis meios exemplificativos de recuperação da empresa, deixando ainda outros mecanismos ao critério do devedor.

Já Carlos Eduardo Quadros Domingos (2009, p. 111) visualiza o processo de recuperação judicial como sendo composto por quatro fases: postulatória, apuratória, deliberatória e executória. Trata-se de uma classificação doutrinária para fins didáticos, pois, como mencionado por Waldo Fazzio Júnior, o processo também pode ser visto pela ótica bifásica, ou seja, antes e depois do deferimento do pedido de recuperação judicial. Em terceiro lugar, há a classificação doutrinária de Fábio Ulhoa Coelho (2011, p. 215), o qual divide o processo de recuperação judicial em três fases distintas: postulatória, deliberativa e fase de execução.

Realizando-se uma síntese do procedimento, posto não se tratar o presente trabalho de um estudo aprofundado e verticalizado do procedimento recuperacional, tem-se que a primeira etapa é o pedido de recuperação realizado pelo devedor em crise econômico-financeira, o qual deve conter os requisitos e documentos instrutórios contidos no artigo 51 da nova Lei de

Falências e de Recuperação de Empresas, além de, segundo Domingos (2009, p. 112), seguir os requisitos processuais gerais em relação à petição inicial.

Recebida a petição inicial da recuperação judicial, o juiz competente deverá analisá-la e, se for o caso, deferir o respectivo processamento, em pronunciamento que deverá conter, segundo Waldo Fazzio Júnior (2005, p. 154), os requisitos do artigo 52 da Lei 11.101/2005. Após tal decisão, o pedido se torna irreversível, ou seja, não cabe mais ao devedor o direito de desistir do mesmo, exceto mediante aprovação da assembléia geral de credores. Em tal decisão, o juiz toma ainda uma série de medidas, entre as quais a determinação da suspensão de ações e execuções contra o devedor, a nomeação do administrador judicial e a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades.

Após o deferimento do pedido recuperacional, inicia-se, segundo Domingos (2009, p. 122), a denominada fase apuratória, sendo a primeira etapa caracterizada pelo prazo de sessenta dias (artigo 53, caput, da Lei 11.101/2005) para que o devedor apresente o plano de recuperação judicial, o qual conterá os meios de recuperação judicial e seus respectivos resumos, os estudos demonstrativos da viabilidade da empresa e o laudo econômico-financeiro de avaliação dos ativos do devedor, este elaborado por profissional habilitado.

Apresentado o plano de recuperação judicial no prazo estipulado, caberá, por parte do juízo competente, a convocação da assembléia geral de credores para análise do conteúdo, a qual será presidida pelo administrador judicial. Trata-se, portanto, da fase deliberatória, nas palavras de Domingos (2009, p. 130).

Em caso de rejeição do plano, o juiz decretará a falência do devedor. Já no caso de aprovação, a assembléia geral poderá indicar os membros do comitê de credores, na forma do artigo 26 da referida Lei, o qual, segundo Domingos (2009, p. 134), “terá a incumbência de fiscalizar as obrigações do devedor”.

Como alternativa à falência do devedor por conta da não aprovação do plano de recuperação judicial, Ecio Perin Júnior (2011, p. 379), aduz que:

Poderá ainda o plano de recuperação judicial sofrer alterações na AGC, nos termos do § 3º do artigo 56, desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes.

Referido autor faz ainda uma crítica ao decreto falimentar em caso da não aprovação do plano de recuperação judicial (PERIN JÚNIOR, 2011, p. 379):

Como dissemos, o § 4º do art. 56 estabelece que, rejeitado o plano de recuperação judicial, o juiz decretará a falência do devedor. Esse dispositivo merece uma reflexão crítica, pois, ao estabelecer a convocação da recuperação judicial em falência, caso o plano não seja aprovado, isso forçará a sua aprovação, por parte dos credores, seja ou não adequado para superação da crise econômico-financeira, o que poderá implicar a criação de uma nova indústria da recuperação, como aquela existente na hipótese da concordata.

De modo semelhante raciocina Fábio Ulhoa Coelho (2011, p. 173)

O modelo brasileiro de recuperação judicial é vulnerável porque, ao manter a vinculação entre o indeferimento do benefício e a decretação da falência, cria o ambiente propício ao nascimento da “indústria da recuperação judicial”. O credor, na Assembleia em que estiver em votação o Plano de Recuperação Judicial, tenderá a aprovar qualquer *rabisco malfeito*, porque se não o fizer, o juiz terá que decretar a falência do devedor.

Assim, finalizando a presente síntese do processo recuperacional, em caso de aprovação do plano de recuperação judicial pela assembléia geral de credores, o juiz homologará tal aprovação, passando-se para a fase executória, que representa o próprio cumprimento do plano sob fiscalização do comitê de credores e do administrador judicial. Frise-se que o descumprimento ensejará a convocação da recuperação judicial em falência, nos termos dos artigos 61 e 73 da Lei 11.101/2005. Amador Paes de Almeida (2014, p. 358) menciona ainda a relevância da sentença que decreta o encerramento da recuperação judicial, a qual é proferida após o cumprimento das obrigações previstas no plano de recuperação judicial inicialmente aprovado.

4 DA CONCORDATA À RECUPERAÇÃO JUDICIAL: ESTUDO COMPARATIVO

Ao longo do presente trabalho, foram elencados aspectos evolutivos do direito falimentar. Em tal contexto, observou-se a transposição de um sistema de execução corporal do devedor por suas dívidas para um sistema de execução patrimonial. Tais alterações ocorreram prioritariamente no período medieval e se deram nos países europeus. Sendo o Brasil, quando de seu descobrimento, uma colônia portuguesa, recebeu também a influência de tais evoluções ocorridas no direito falimentar mundial.

Especificamente no caso brasileiro, observou-se que as maiores evoluções ocorreram após o ano de 1850, quando fora promulgado o Código Comercial. Houve evoluções no sentido de aperfeiçoar a legislação vigente, as quais culminaram no Decreto-lei 7.661/1945, conjunto de dispositivos normativos que teve vigência por sessenta anos até a substituição pela nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, a qual é tratada com maior relevância ao longo do texto.

Entretanto, efetuadas as considerações históricas e traçados os aspectos de maior destaque dentro do atual formato da Recuperação Judicial, necessário se faz, no presente momento, um estudo comparativo entre as ferramentas recuperacionais legais vigentes antes e depois da Lei 11.101/2005. Como já ressaltado, a modalidade existente anteriormente era a concordata, da qual se passa a tratar.

4.1 A Concordata no Direito Falimentar Brasileiro

Na regulamentação falimentar brasileira, já fora dito que a concordata surge com traços mais sólidos a partir da promulgação do Código Comercial de 1850, sistema normativo que, em seus artigos 842 a 854, tinha um regramento especial voltado à suspensão da falência na forma concordatária (OLGUIN, 2013, p. 1).

Nos dizeres de Amador Paes de Almeida (2014, p. 317):

A primeira concordata a ser introduzida no direito brasileiro foi a *concordata suspensiva*, assim denominada aquela concedida no decorrer do processo falimentar, quando era restituída ao falido a livre administração dos seus bens. Dispunha a respeito o art. 847 do Código Comercial, hoje revogado.

Ficava a concessão da concordata, pois, sujeita à concordância dos credores, não se admitindo a sua concessão ao devedor que fosse “julgado com culpa ou fraudulento”.

Entretanto, foram o Decreto Republicano 917, de 1890 e a Lei 2.024, de 1908, que deram novas feições à concordata. O primeiro trouxe a modalidade de concordata preventiva, juntamente com alternativas direcionadas a evitar a falência, como a moratória (dilatação de prazo); cessão de bens (*cessio bonorum*) e o acordo extrajudicial.

Já a Lei 2.024, de 1.908, aperfeiçoou o instituto e instituiu novos princípios ao ordenamento, instituindo também a concordata suspensiva, conforme pontua Ecio Perin Júnior (2011, p. 360). Porém, a concordata em seu conceito mais definido surgiu somente no Decreto-lei 7.661/1945. Ao comentar o instituto, Amador Paes de Almeida (2014, p. 317) define a concordata:

Concordata, do verbo concordar, significa, etimologicamente, acordo, conciliação, ajuste, combinação. No sentido jurídico define o instituto que objetiva regularizar a situação econômica do devedor comerciante, evitando (concordata preventiva), ou suspendendo (concordata suspensiva), a falência.

Já Perin Júnior (2011, p. 361) complementa a definição ao ensinar que a concordata é uma convenção homologada pelo tribunal, com que os credores facilitam ao falido, mediante moratórias ou reduções, o pagamento de seus débitos, ou seja, traz também a visão de que se trata de uma renegociação para regularizar a situação econômico-financeira do devedor.

A concordata preventiva introduzida pelo Decreto Republicano 917 era aquela requerida como forma de evitar a falência, podendo ser de duas espécies: extrajudicial e judicial. A primeira era levada adiante pelo devedor junto aos seus credores, cabendo ao juiz tão somente homologar o acordo

firmado para que produzisse efeitos. Já a segunda era, desde logo, levada a efeito perante o juiz.

A concordata suspensiva trazida pela Lei 2.024/1908, por sua vez, tinha como objetivo suspender o processo falimentar, agindo como última chance para recuperar as atividades empresariais. Ruben Ramalho (1993) apud Olguin (2013, p. 1) ensina que:

Essa medida só tem cabimento se aberta a falência do devedor postulante. Por isso é que se afirma que a falência é um pressuposto da concordata suspensiva. Só se pode pretender a suspensão de algo em andamento. Não se pode falar em concordata suspensiva sem que haja uma falência.

Portanto, só era possível a concordata suspensiva quando já estava aberto o processo falimentar, fator primordial de diferenciação em relação à concordata preventiva.

Em relação à natureza jurídica da concordata, duas foram as correntes que surgiram ao longo da história. Inicialmente, acreditava ser o instituto um contrato, justamente por se tratar de um ajuste entre credores e o devedor e que, não sendo não homologada pelo Poder Judiciário, não surtiria efeitos. Cabia, portanto, ao Estado somente o papel de agente fiscalizador.

Porém, principalmente após o Decreto-lei 7.661/1945, prevalece a natureza jurídica processual da concordata, uma vez que não havia mais dúvidas de que se tratava de um favor legal concedido ao comerciante em apuros. Não se tratava, pois, de um contrato, mas sim de um direito do devedor a pleitear em juízo uma oportunidade para se reerguer e, portanto, superar a crise econômico-financeira (OLGUIN, 2013, p. 1).

Trajano de Miranda Valverde (1948, p. 318), ao tratar da natureza jurídica da concordata como sendo um favor judicial, traz ainda que:

Se a concordata é um favor, que a lei concede ao devedor honesto e de boa-fé, injustificável é, ao nosso ver, o sistema geralmente adotado de deixar ao arbítrio exclusivo da outra parte – a maioria dos credores – a concessão ou não desse favor.

No que tange aos sujeitos ativos legitimados, o Decreto-lei 7.661/1945 tratava somente do devedor comerciante, deixando de lado os devedores civis e as sociedades civis (COSTA JÚNIOR, 1997, p. 1). O comerciante poderia ser pessoa física ou jurídica, nos termos dos artigos 140 e seguintes do Decreto-lei, desde que fosse constituído conforme os ditames legais. Excluídos estavam, portanto, da concordata os comerciantes de fato.

Em relação aos requisitos para requerer a concordata, Costa Júnior (1997, p. 1), após análise dos artigos 140 e 158 do Decreto-lei 7.661/1945, resume:

- a) o devedor deve ter arquivado, registrado ou inscrito no registro do comércio os documentos e livros indispensáveis ao exercício legal do comércio;
 - b) o devedor não deve ser condenado por crime falimentar, furto, roubo, apropriação indébita, estelionato e outras fraudes, concorrência desleal, falsidade, peculato, contrabando, crime contra o privilégio de invenção ou marcas de indústria e comércio e crime contra a economia popular;
 - c) o devedor não deve ter impetrado igual favor a menos de cinco anos e deve ter cumprido a concordata requerida a mais tempo;
 - d) o devedor deve ter requerido a autofalência no prazo de trinta dias do vencimento da obrigação líquida, sem relevante razão de direito.
- Além desses, deve cumprir o devedor comerciante que requerer a concordata os requisitos do art. 158 da Lei de Falência, que são:
1. exercer regularmente o comércio há mais de 2 (dois) anos;
 2. possuir ativo cujo valor corresponda a mais de 50% (cinquenta por cento) do seu passivo quirografário; na apuração desse ativo, o valor dos bens que constituam objeto da garantia será computado tão-somente pelo que exercer da importância dos créditos garantidos;
 3. não ser falido, ou se foi, estarem declarados extintas as suas responsabilidades;
 4. não ter título protestado por falta de pagamento.

Quanto aos sujeitos legitimados passivos, cabe aqui ressaltar que somente os credores quirografários tinham os créditos incluídos no processo de concordata, tanto na modalidade preventiva como na suspensiva. Portanto, observa-se o procedimento concordatário como restrito, posto atingir somente os créditos que nem sempre eram os mais significativos quando comparados a valores decorrentes de demandas trabalhistas ou mesmo débitos fiscais.

Em outra análise acerca da concordata, cabe ainda ressaltar a rigidez legal quanto aos prazos de pagamento e percentuais a serem quitados

em cada período. Ou seja, a própria legislação trazia a maneira como deveriam ser quitados os débitos do devedor comerciante.

Em relação à concordata, conclui-se, portanto, ser uma ferramenta recuperacional que inovou no direito positivo pátrio, dado que, anteriormente à sua instituição, não havia mecanismos eficientes de se evitar a falência do devedor. Todavia, muitas eram as suas limitações, sendo a principal delas relacionada ao fato de abranger apenas credores quirografários, o que, como dito, nem sempre trazia fôlego ao endividado. Portanto, a Lei 11.101/2005, ao substituir a concordata pela recuperação empresarial, judicial e extrajudicial, ampliou sobremaneira a abrangência do instituto. A doutrina aponta ainda (ALMEIDA, 2014, p. 319):

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

É, ainda, a opinião de Perin Júnior (2011, p. 361) ao dissertar sobre o tema:

Vários autores criticavam o instituto da concordata, argumentando que muito embora esta tivesse o precípua escopo de evitar a falência, tanto quanto possível, nos moldes em que se apresentava, não era a solução ideal, uma vez que vinha sendo utilizada pelos inescrupulosos como instrumento de enriquecimento, decorrente da remissão parcial do valor devido e da prorrogação do prazo de vencimento de suas obrigações, o que acabava por prejudicar credores.

Por tais razões, inevitável era a reforma no direito falimentar, cabendo à recuperação judicial a efetivação do já mencionado princípio da preservação da empresa, visto que a concordata não mais se prestava a esse fim. Somam-se, ainda, as graves queixas de fraude por parte de empresários

que enriqueciam ao deixar de honrar suas obrigações, principalmente nos momentos inflacionários das décadas de 1980 e 1990. Em tais oportunidades, verifica-se o uso fraudulento da concordata para paralisar a correção monetária de dívidas e, conseqüentemente, aplicar o dinheiro que seria usado em sua quitação. Assim, o empresário obtinha a correção diária de suas disponibilidades sem que houvesse a correspondente correção do valor da dívida.

4.2 A Recuperação Judicial Perante a Concordata

Até o presente momento, verificou-se que a concordata era um favor concedido pelo Poder Judiciário, ao seguir a letra do Decreto-lei 7.661/1945. Com a sua revogação, entra em cena a recuperação judicial, instituto, como já tratado, mais abrangente e dotado de caráter principiológico voltado à própria função social da empresa, com a sua conseqüente preservação como forma de manutenção de empregos e pagamentos de fornecedores.

Dissertando a respeito do tema, Ecio Perin Júnior (2011, p. 362) pontua a mudança de paradigmas trazida pela recuperação judicial. Em sua ótica, a chave do sucesso da recuperação instituída pela nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas é justamente a alteração de objetivos – passa-se de um favor legal, caso da concordata, para uma análise de viabilidade da empresa, sendo o plano de recuperação judicial um direcionamento de superação de crises, sem que houvesse o calote institucionalizado trazido pela moratória e pela redução dos valores devidos aos credores quirografários. Isto é, na concordata, o fato da própria legislação já trazer em seu bojo as formas de pagamento dos credores acabava por trazer reduções significativas em seus créditos.

Em referido contexto, José Cretella Neto (2005, p. 89) pontua que a Lei 11.101/2005, refletindo os ditames da própria Constituição Federal de 1988, é dotada de fundamentação em princípios como sendo as molas mestras do ordenamento jurídico. Portanto, ao trazer o já citado e comentado artigo 47,

a nova legislação, por si só, já é inovadora em relação à anterior (Decreto-lei 7.661/1945), a qual se constituía em um sistema regulador pautado unicamente por regras, sem referências a valores e vetores. É justamente o ponto trazido pelo ora citado autor, no momento em que não encontra, em seu trabalho de pesquisa, dispositivo equivalente ao artigo 47 na legislação anterior.

Em continuidade ao raciocínio, cabe a lição de Amador Paes de Almeida (2014, p. 319), quando compara a concordata e a recuperação judicial:

Uma das inovações trazidas, como se observa, é a alteração do nome dado ao instituto da concordata, que, rompendo com a tradição secular, denomina-a *recuperação judicial*.

Conquanto ousada, porque rompe com a tradição arraigada nos nossos costumes, inclusive na linguagem forense, a alteração justifica-se.

Com efeito, a própria falência e, igualmente, a concordata, são expressões que já não se coadunam com a exata natureza jurídica dos institutos.

A concordata, como tal já não existia, pois de concordata, acordo, convenção, tornara-se um *favor legal*, independentemente da vontade dos credores.

Portanto, é de se observar que a própria alteração do nome do instituto recuperacional traz em seu bojo significado mais profundo, posto intentar, de fato, desvincular ambos (concordata e recuperação judicial). Isto pois, como visto, mudaram-se as legislações e, juntamente com elas, os princípios nelas arraigados.

Tecidas as considerações de cunhos material e principiológico, necessária é a delimitação das mudanças práticas trazidas pela recuperação judicial em face à concordata. Nesse quesito, pertinente é a enumeração de Fábio Ulhoa Coelho (2011, p. 41):

1. A concordata é um direito a que tinha acesso todo devedor comerciante que preenchesse os requisitos legais, independentemente da viabilidade de sua recuperação, ao passo que, à recuperação judicial, somente tem acesso o empresário cuja atividade econômica possa ser viavelmente reorganizada;

2. A recuperação judicial abrange todos os credores, inclusive aqueles que possuem algum privilégio ou preferência. Tal abrangência é oposta à concordata, que abrangia somente os credores quirografários;
3. Na concordata, o sacrifício imposto aos credores já vem definido em lei e pertence à escolha unilateral do devedor, sendo doutrinariamente chamado de dividendo mínimo. Por outro lado, na recuperação judicial, caso haja sacrifício dos credores, seu delimitador será o plano de recuperação judicial, o qual não se submete a qualquer limitação legal e deve ser aprovado por todas as classes de credores. Ainda aqui, cabe lembrar que a Lei 11.101/2005 estabelece, no artigo 50, meios de recuperação judicial, cujo detalhamento foi exposto no tópico cabível;
4. Por fim, imprescindível o destaque ao procedimento diferenciado trazido para os devedores de pequeno porte, cuja recuperação judicial seguirá rito simplificado. Trata-se de uma inovação do legislador falimentar que vem a beneficiar a maior parte dos empresários brasileiros, assim reduzindo o fechamento prematuro das empresas, bem como a cessação da atividade empreendedora.

Olguin (2013, p. 1), complementando os ensinamentos de Fábio Ulhoa Coelho trazidos ao presente trabalho, efetua ainda o apontamento a outras alterações quando se faz a comparação da concordata e da recuperação judicial. O primeiro deles é a autonomia do juiz, que era ampla na concordata e passa a ser bastante reduzida na recuperação judicial, posto que o poder de aprovar o plano recuperacional foi transferido à assembléia geral de credores. Em seguida, aponta também o autor para a legitimidade ativa da recuperação judicial:

No que se refere à aplicabilidade, a Recuperação Judicial engloba qualquer tipo de empresa em crise econômico-financeira, o que, de certa forma, vai de encontro com o objetivo da Concordata que visava

primordialmente aquelas empresas insolventes com possibilidade de recuperação.

Quanto à natureza jurídica dos institutos, a concordância doutrinária (OLGUIN, 2013, p. 1; CRETELLA NETO, 2005, p. 89) aponta que tanto a concordata como a recuperação judicial são institutos processuais, ou seja, possuem a natureza de ação, ainda que a segunda tenha maior participação dos credores quando comparada à primeira.

No que tange às companhias aéreas, pertinente é a observação de Pedro Rocha Olguin (2013, p. 1) ao concluir que havia uma proibição legal do Decreto-lei 7.661/1945 a estas sociedades para requererem a concordata. Tal veto não mais ocorre na Lei 11.101/2005, de modo que tal classe empresarial é agora elegível ao novo procedimento recuperacional. Note-se, inclusive, o caso Varig S/A, o qual já transcorreu sob a égide da nova legislação.

Em continuidade ao comparativo ora traçado, cabe, ainda, análise em relação aos requisitos da recuperação judicial face aos da concordata. Nesse ponto, chama-se a atenção para a existência de títulos protestados como óbice ao procedimento recuperacional. Certo é que, na legislação concordatária, o fato de haver um único protesto de título por falta de pagamento configurava proibição ao favor legal da concordata.

Tal situação não persiste no novo regramento, ou seja, pode requerer a recuperação judicial o devedor que tenha títulos protestados, mesmo porque necessita de reorganização, sendo a impontualidade nos pagamentos o seu sinal imediato. Inibe-se, também, a atitude de alguns credores que, por absoluta má-fé, protestavam títulos dos devedores para posteriormente requererem a sua falência com fundamento no Decreto-lei 7.661/1945.

Feitas, nesse capítulo, considerações a respeito da concordata e sua posterior comparação com a recuperação judicial, observa-se evolução na legislação, de modo que a Lei 11.101/2005 pode ser considerada alinhada ao momento econômico vigente no Brasil. A mera existência de um procedimento que seja a tradução do princípio da preservação da empresa, por si só, já faz com que a recuperação judicial ganhe aspecto colaborativo à atividade

empresarial, a qual é indubitavelmente pautada por riscos das mais diversas naturezas, sendo o empresário incumbido de suportá-los plenamente.

A nova legislação, ao tornar mais abrangente o processo recuperacional por conta da inclusão dos credores com privilégios e garantias de diversas naturezas, tende a ganhar adeptos e a cumprir sua finalidade de forma mais eficiente, permitindo ao empresário renegociar o total de sua dívida em um único momento. Nesse aspecto, se fará adiante um apontamento a respeito do sucesso da recuperação judicial ao longo de sua vigência no ordenamento jurídico brasileiro.

A comparação entre os institutos recuperacionais deixa, adicionalmente, claro que a falência assume um caráter subsidiário na nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, o que é reforçado pela maior possibilidade de participação dos credores no processo recuperacional. Trata-se de um desenho que tende a gerar resultados satisfatórios, uma vez que, de um lado, empresários irão propor aquilo que vislumbram como possível, e de outro, credores irão deliberar sobre aquilo que lhes agrada, ainda que não da forma esperada de recebimento.

5 ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS CONSTATADOS NA PRÁTICA

Até o presente momento, verificou-se que a Lei 11.101/2005 trouxe evoluções significativas no campo da falência e da recuperação empresarial. Trata-se, portanto, não apenas de uma atualização das matérias relacionadas ao Direito Falimentar, mas sim de uma nova legislação, compatível com os anseios da classe empresarial por conta, principalmente, da valorização que é dada à empresa como ente central de uma gama de interesses, ou seja, subsiste ao empreendedor uma função social no desempenho de suas atividades, posto que estas movimentam os bancos, geram empregos diretos e indiretos, aumentam o faturamento dos fornecedores e a arrecadação governamental em todas as esferas.

Portanto, diversos são os aspectos positivos do novo procedimento recuperacional. Todavia, não se pode dissertar sobre tais alterações somente se considerando um ponto de vista, de maneira que o presente capítulo objetiva apontar aspectos positivos e negativos da recuperação judicial já possíveis de serem identificados nos dez anos de vigência da nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas.

5.1 Aspectos Positivos

A Lei 11.101/2005 teve sua vigência decretada exatos sessenta anos após o Decreto-lei 7.661/1945. Portanto, inevitável é a conclusão de que a nova legislação chega atualizada e compatível com o momento econômico vigente no Brasil. Mais do que isso, trata-se de um sistema de normas alinhado ao que se pratica também em outros países, nos quais, como tratado no tópico referente aos aspectos históricos, já houve problemas relacionados ao Direito Falimentar, os quais levaram à necessidade de renovação.

No que tange à recuperação judicial em si, ao compará-la com a concordata, diversos foram os aspectos apontados, porém inicia-se a análise com a própria flexibilidade decorrente da instituição do plano de recuperação

judicial. O estudo aqui desenhado já demonstrou se tratar a concordata de um favor legal, ou seja, de um benefício concedido pelo Poder Judiciário independentemente da vontade dos credores. Estando distante do poder de manifestação da empresa, inegável é a sua rigidez, o que se contrapõe com o plano de recuperação judicial. Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho (2011, p. 231):

A mais importante peça do processo de recuperação judicial é, sem sombra de dúvidas, o plano de recuperação judicial (ou de “reorganização da empresa”). Depende exclusivamente dele a realização ou não de objetivos associados ao instituto, quais sejam, a preservação da atividade econômica e o cumprimento de sua função social. Se o plano de recuperação é consistente, há chances de a empresa se reestruturar e superar a crise em que mergulhara. Terá, nesse caso, valido a pena o sacrifício imposto diretamente aos credores e, indiretamente, a toda a sociedade brasileira. Mas se o plano for inconsistente, limitar-se-á a um papelório destinado a cumprir mera formalidade processual, então o futuro do instituto é a completa desmoralização.

Note-se, um bom plano de recuperação judicial não é, por si só, garantia absoluta de reerguimento da empresa em crise. Fatores macroeconômicos globais ou nacionais, acirramento da concorrência no segmento de mercado em causa ou mesmo imperícia na sua execução podem comprometer a reorganização pretendida. Mas um plano ruim é garantia absoluta de fracasso na recuperação judicial.

Portanto, interpretando a passagem ora transcrita, verifica-se o entendimento de que a flexibilidade decorrente do plano de recuperação judicial é positiva para que se obtenha soluções mais viáveis para a empresa em crise. Todavia, tal poder discricionário dado ao empresário deve por ele ser bem estudado, posto que um plano consistente é o início obrigatório do processo recuperacional eficaz.

Nesse contexto, complementa-se a caracterização dos aspectos positivos do plano de recuperação judicial com o ensinamento de Carlos Henrique Abrão (2015, p. 93):

O plano é, numa visão externa à empresa, o meio pelo qual o devedor em crise apresenta aos seus credores sua compreensão acerca da extensão desse seu estado deficitário e o modo pelo qual pretende convencê-los a colaborarem a superá-lo.

Se o objetivo for plenamente alcançado, a empresa será preservada e se conservará atendendo à sua *função social*, expressão ainda a ser melhor definida pelos comercialistas pátrios.

O soerguimento de uma empresa em crise econômico-financeira *estimula a atividade econômica*, na medida em que, apesar dela, a

devedora preserva e cumpre adequadamente os contratos, mantendo duradoura a parceria negocial com seus empregados, investidores e fornecedores. Disso resulta um elevado padrão de confiança no mundo empresarial.

Ou seja, observa-se que o plano judicial é visto doutrinariamente como o primeiro aspecto positivo da nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. Entre as razões, cabe citar o olhar crítico do mesmo a respeito da real situação deficitária da pessoa jurídica, bem como a sua flexibilidade no que tange à propositura de alternativas, pois, como dito, o plano não se limita aos meios de recuperação judicial enumerados pela Lei 11.101/2005.

Em adição ao plano de recuperação judicial, o período de vigência da nova legislação falimentar demonstra ser o sistema deliberatório outro aspecto que vem a somar para a eficiência da recuperação judicial. A assembléia geral, o administrador judicial e o comitê de credores trazem estes para dentro da empresa em crise, podendo os mesmos não apenas analisar a viabilidade do plano, atribuição dada à assembléia, mas também fiscalizar o seu cumprimento, como é o caso do comitê de credores.

Waldo Fazzio Júnior (2005, p. 170) enaltece a importância da assembléia geral justamente pelo englobamento de todos os credores. Como anteriormente estudado, a recuperação judicial se diferencia da concordata justamente trazer ao procedimento recuperacional todas as classes de credores, diferentemente de se limitar à classificação quirografária. Ao realizar tal ampliação, a recuperação judicial acaba por democratizar o renascimento da empresa.

Ao dissertar sobre o administrador judicial e o comitê de credores, referido autor (FAZZIO JÚNIOR, 2005, p. 182) destaca, em relação ao último, que se trata de um eficiente mecanismo de fiscalização do plano de recuperação judicial, apuração de reclamações dos interessados, emissão de pareceres sobre alienação ou oneração de bens e direitos e, por fim, de intermediação junto ao juiz para requerimento de convocação da assembléia geral. Já quanto ao administrador judicial, cabe o destaque à sua atividade fiscalizatória obrigatória, sendo ele, em regra geral, um fiscalizador sem poderes gerenciais.

Em terceiro lugar, cabe aqui uma abordagem a respeito da limitação do crédito trabalhista em cento e cinquenta salários mínimos por credor em caso de convalidação da recuperação judicial em falência, nos termos dos artigos 73 e 74 da Lei 11.101/2005. Na verdade, a questão pode ser vista como positiva do ponto de vista da abrangência dos recebimentos e, ainda, como negativa, ao se considerar que existe uma redução nos proventos de determinado credor individual.

Todavia, tomando-se o princípio da recuperação judicial como procedimento alinhado à função social da empresa (ABRÃO; ANDRIGHI; BENETI, 2015, p. 94), a limitação do crédito trabalhista no caso de convalidação em falência, sendo ele o primeiro da ordem de pagamentos, deve ser vista como positiva, pois democratiza o procedimento recuperacional e permite que as receitas elencadas no plano sejam direcionadas a números mais expressivos de credores individuais.

Seguindo-se com a análise, cabe a pontuação a respeito da inserção dos credores com garantia real em classe especial de créditos. Do ponto de vista econômico-financeiro, trata-se de decisão conveniente do legislador considerando que normalmente esta classe de credores está alinhada aos bancos e demais entidades do Sistema Financeiro Nacional. Colocá-los em grau de prioridade na execução do plano de recuperação judicial significa, segundo Almeida (2014, p. 340), manter o crédito e reduzir o *spread* bancário, haja vista que os bancos, a princípio, não aumentarão as taxas de juros quando possuem a certeza dos seus recebimentos, ainda que em procedimento recuperacional.

Quando se verifica a questão da existência de títulos protestados para a concessão do pedido recuperacional, observa-se, na Lei 11.101/2005, inovação positiva no sentido de ampliar o alcance da legislação. Isto uma vez que não mais se exige a certidão negativa de protestos para que haja a concessão da recuperação judicial, tal como era requerida em procedimento de concordata. Assim, inegável é a conclusão de que o processo recuperacional é facilitado, pois se supõe que o devedor que solicita a recuperação judicial está em dificuldades financeiras e, conseqüentemente, apresenta impontualidade no cumprimento de seus compromissos financeiros.

No que tange à suspensão das execuções pelo prazo improrrogável de cento e oitenta dias, conforme determinam os artigos 6º e 52, III da nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, cabe salientar outro aspecto positivo, haja vista o fôlego dado ao empresário em crise para reorganizar sua atividade. Nos dizeres de Fábio Ulhoa Coelho (2011, p. 86):

Suspendem-se as execuções individuais contra o empresário individual ou a sociedade empresária que requereu a recuperação judicial para que eles tenham o fôlego necessário para atingir o objetivo pretendido da recuperação da empresa. A recuperação judicial não é execução concursal e, por isso, não se sobrepõe às execuções individuais em curso. 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.

Por isso, a lei fixa um prazo para a suspensão das execuções individuais operada pelo despacho de processamento da recuperação judicial: 180 dias. Se, durante esse prazo, alcança-se um plano de recuperação judicial, abrem-se duas alternativas: o crédito em execução individual teve suas condições de exigibilidade alteradas ou mantidas. Nesse último caso, a execução individual prossegue.

Também na recuperação judicial, a suspensão não atinge as execuções individuais, que devem prosseguir.

Cabe ressaltar ainda, conforme o autor (COELHO, 2011, p. 227), que determinadas demandas não se suspendem, quais sejam as ações de qualquer natureza (cível ou trabalhista) que demandam quantias ilíquidas, as reclamações trabalhistas, as execuções fiscais, caso não concedido o parcelamento na forma da lei específica (Lei 13.043/2014), e as execuções promovidas por credores absolutamente não sujeitos à recuperação judicial. Portanto, verifica-se na suspensão de ações e execuções um aspecto positivo do procedimento recuperacional, ainda que haja algumas limitações, sendo uma delas aquela referente à ausência da suspensão das execuções promovidas em face de avalistas e fiadores. Trata-se de entendimento do Superior Tribunal de Justiça em julgamento proferido ao Recurso Especial 1.333.349 (BRASIL, 2014, p. 2), abaixo transcrito:

A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções, nem tampouco induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos artigos 6º, caput, e 52,

inciso III, ou a novação a que se refere o artigo 59, caput, por força do que dispõe o artigo 49, parágrafo 1º, todos da lei 11.101/05.

De tal forma, patente está que a suspensão das ações ou execuções contra o recuperando tende a ser vista pela ótica positiva quando permite o fôlego necessário ao procedimento recuperacional. Entretanto, verifica-se não ser o mesmo dotado de abrangência integral, sendo necessárias as pontuações ora elencadas quanto às limitações de tal suspensão.

Feitas as considerações positivas acerca da legislação falimentar recente, passa-se ao elenco dos aspectos negativos apontados pela doutrina e jurisprudência.

5.2 Aspectos Negativos

Ainda que a nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas tenha, como enfatizado no presente trabalho, trazido muitas inovações em diversos aspectos, assim sepultando o Decreto-lei 7.661/1945, fato é que existem alguns tópicos negativos que podem, ainda, ser melhorados em um futuro breve.

Inicialmente, pode-se apontar, no processo recuperacional, a exigência de apresentação de certidão negativa de débitos tributários no prazo de cinco dias após a juntada aos autos do plano de recuperação judicial aprovado pelos credores, nos termos exigidos pelo artigo 57 da Lei 11.101/2005, o qual remete aos artigos 151, 205 e 206 da Lei 5.172/1966 (Código Tributário Nacional).

Fato é que o legislador tributário levou mais de nove anos para editar lei específica em relação ao parcelamento de débitos da empresa em processo de recuperação judicial, atendendo aos anseios da Lei 11.101/2005.

Na tentativa de pacificar o tema, a I Jornada de Direito Comercial emitiu, em 2012, o enunciado 55 (BRASIL, 2012, p. 1), a saber:

O parcelamento do crédito tributário na recuperação judicial é um direito do contribuinte, e não uma faculdade da Fazenda Pública, e, enquanto não for editada lei específica, não é cabível a aplicação do disposto no art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e no art.191-A do CTN.

No mesmo sentido, pontua André Luiz Ramos (2013, p. 1):

Qualquer interpretação que inviabilize ou não fomente a superação da crise da empresa em recuperação judicial contraria a lei. Com esse entendimento, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) afastou a exigência de certidões negativas tributárias para homologação do plano de recuperação. Conforme o ministro Luis Felipe Salomão, a lei precisa ser interpretada sempre com vistas à preservação da atividade econômica da empresa e não com “amesquinhada visão de que o instituto visa a proteger os interesses do empresário”. “O valor primordial a ser protegido é a ordem econômica”, afirmou.

Para o ministro, a interpretação literal do artigo 57 da Lei de Recuperação e Falências – que exige as certidões – em conjunto com o artigo 191-A do Código Tributário Nacional (CTN) – que exige a quitação integral do débito para concessão da recuperação – “inviabiliza toda e qualquer recuperação judicial, e conduz ao sepultamento por completo do novo instituto”. “Em regra, com a forte carga de tributos que caracteriza o modelo econômico brasileiro, é de se presumir que a empresa em crise possua elevado passivo tributário” – disse o ministro, acrescentando que muitas vezes essa é “a verdadeira causa da debacle”. Para Salomão, a exigência de regularidade fiscal impede a recuperação judicial, o que não satisfaria os interesses nem da empresa, nem dos credores, incluindo o fisco e os trabalhadores.

A Corte entendeu ainda que o parcelamento da dívida tributária é direito do contribuinte em recuperação. Esse parcelamento também causa a suspensão da exigibilidade do crédito, o que garante a emissão de certidões positivas com efeito de negativas. Isso permitiria à empresa cumprir plenamente o artigo 57 da LRF. Para o ministro Salomão, os artigos da LRF e do CTN apontados “devem ser interpretados à luz das novas diretrizes traçadas pelo legislador para as dívidas tributárias, com vistas, notadamente, à previsão legal de parcelamento do crédito tributário em benefício da empresa em recuperação, que é causa de suspensão da exigibilidade do tributo”.

Todavia, em 13 de novembro de 2014, foi editada a Lei 13.043, a qual, entre outras providências, passou a dispor sobre o parcelamento dos débitos tributários para empresas que tenham pleiteado a recuperação judicial. Tal disposição se encontra no artigo 43 de referido dispositivo legal, de modo que os débitos tributários receberam a possibilidade de parcelamento em oitenta e quatro parcelas mensais:

Art. 43. A Lei no 10.522, de 19 de julho de 2002, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 10-A:

“Art. 10-A. O empresário ou a sociedade empresária que pleitear ou tiver deferido o processamento da recuperação judicial, nos termos dos arts. 51, 52 e 70 da Lei no 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, poderão parcelar seus débitos com a Fazenda Nacional, em 84 (oitenta e quatro) parcelas mensais e consecutivas, calculadas observando-se os seguintes percentuais mínimos, aplicados sobre o valor da dívida consolidada:

I - da 1a à 12a prestação: 0,666% (seiscentos e sessenta e seis milésimos por cento);

II - da 13a à 24a prestação: 1% (um por cento);

III - da 25a à 83a prestação: 1,333% (um inteiro e trezentos e trinta e três milésimos por cento); e

IV - 84a prestação: saldo devedor remanescente.

§ 1o O disposto neste artigo aplica-se à totalidade dos débitos do empresário ou da sociedade empresária constituídos ou não, inscritos ou não em Dívida Ativa da União, mesmo que discutidos judicialmente em ação proposta pelo sujeito passivo ou em fase de execução fiscal já ajuizada, ressalvados exclusivamente os débitos incluídos em parcelamentos regidos por outras leis.

§ 2o No caso dos débitos que se encontrarem sob discussão administrativa ou judicial, submetidos ou não à causa legal de suspensão de exigibilidade, o sujeito passivo deverá comprovar que desistiu expressamente e de forma irrevogável da impugnação ou do recurso interposto, ou da ação judicial, e, cumulativamente, renunciou a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundem a ação judicial e o recurso administrativo.

§ 3o O empresário ou a sociedade empresária poderá, a seu critério, desistir dos parcelamentos em curso, independentemente da modalidade, e solicitar que eles sejam parcelados nos termos deste artigo.

§ 4o Além das hipóteses previstas no art. 14-B, é causa de rescisão do parcelamento a não concessão da recuperação judicial de que trata o art. 58 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, bem como a decretação da falência da pessoa jurídica.

§ 5o O empresário ou a sociedade empresária poderá ter apenas um parcelamento de que trata o caput, cujos débitos constituídos, inscritos ou não em Dívida Ativa da União, poderão ser incluídos até a data do pedido de parcelamento.

§ 6o A concessão do parcelamento não implica a liberação dos bens e direitos do devedor ou de seus responsáveis que tenham sido constituídos em garantia dos respectivos créditos.

§ 7o O parcelamento referido no caput observará as demais condições previstas nesta Lei, ressalvado o disposto no § 1o do art. 11, no inciso II do § 1o do art. 12, nos incisos I, II e VIII do art. 14 e no §2o do art. 14-A.”

Elencados tais argumentos, fato é que a exigência de certidão negativa de débitos tributários restou, por nove anos e meio, longe de ser aplicada, já que o Poder Judiciário deveria se abster de exigir o documento, sob pena de minar os fins maiores do instituto recuperacional, entre eles o de preservação da empresa.

Em segundo lugar, a doutrina (ABRÃO; ANDRIGHI; BENETI, 2015, p. 53; FRANCO, 2013, p. 1) aponta a questão da trava bancária como

aspecto negativo da recuperação judicial, justamente pela falta de alinhamento ao princípio basilar da função social da empresa. Nos dizeres de João Roberto Ferreira Franco (2013, p. 1):

Justamente atendendo aos interesses do sistema financeiro é que a referida lei trouxe em seu bojo, no artigo 49, parágrafos 3º e 4º, o que mais tarde ficou conhecido como trava bancária. O que significa, em outras palavras, que os créditos de natureza financeira que tenham como objetos alienação fiduciária, arrendamento mercantil, incorporações imobiliárias, compra e venda com reserva de domínio e contrato de câmbio para exportação não estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial. O que significa, em outras palavras, que os créditos de natureza financeira que tenham como objetos alienação fiduciária, arrendamento mercantil, incorporações imobiliárias, compra e venda com reserva de domínio e contrato de câmbio para exportação não estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial.

Ou seja, fato é que os bancos foram beneficiados pela Lei 11.101/2005 não somente no privilégio que a maioria de seus créditos obteve, posto que os valores com garantia real estão em segundo lugar na ordem dos pagamentos do falido. A exclusão dos já mencionados créditos, trazida pelo artigo 49, beneficia o Sistema Financeiro Nacional em detrimento da empresa recuperanda, situação que se opõe ao princípio da preservação da empresa.

A legislação falimentar poderia abranger o maior número de credores possível, permitindo que o plano se aplique a todos eles. Entretanto, ao excluir créditos decorrentes de alienação fiduciária, reserva de domínio e arrendamento mercantil, o processo de recuperação judicial se torna menos eficiente, principalmente quando se trata de empresas que realizaram investimentos recentes em ativo imobilizado, modalidade que normalmente faz uso da alienação fiduciária e do arrendamento mercantil para que possa ser viabilizada.

Nesse contexto, cabe ainda ressaltar a opinião de Carlos Henrique Abrão a respeito (2015, p. 57):

Na prática, contudo, definir quais créditos se enquadram e quais não se enquadram na modalidade da “trava bancária” é uma tarefa tortuosa. A complexidade dos contratos, somada ao cenário de tensão que a crise da empresa provoca – a ponto de ser necessário um pedido de recuperação -, deixa o ânimo dos credores e dos devedores, no mais das vezes, bastante exaltado.

Por esse motivo, é muito comum que durante a tramitação do procedimento recuperacional, ainda em seu início, os agentes econômicos recorram ao STJ, por meio de medidas cautelares, para que seja definida de antemão a natureza do crédito reclamado. Para as instituições financeiras, os créditos são sempre oriundos da cessão fiduciária e, conseqüentemente, não se sujeitam à fila. Para os devedores, ainda que o crédito se classifique como tal, a restituição deve ser feita de modo que não prejudique todo o complexo fenômeno recuperatório.

Tecidas tais considerações a respeito da trava bancária, visualiza-se que o procedimento recuperacional tem como principais aspectos negativos vistos doutrinária e jurisprudencialmente os ora elencados, ou seja, a questão da exigência de certidão negativa de débitos tributários e a trava bancária decorrente dos contratos de alienação fiduciária, arrendamento mercantil e reserva de domínio. Todavia, como detalhado, soluções têm sido apontadas no sentido de reverter tais aspectos preocupantes, especialmente no que tange à exigência da certidão negativa dos débitos tributários, tendo em vista que o legislador tributário levou mais de nove anos para editar a lei específica em relação ao parcelamento de débitos tributários para empresas que requereram a recuperação judicial.

5.2.1 As possibilidades de desvirtuamento no âmbito da recuperação judicial

Da análise dos aspectos positivos e negativos da recuperação judicial, extrai-se que o procedimento apresenta diversas inovações em relação à concordata, que é, como já dito, o procedimento recuperacional legal imediatamente anterior à Lei 11.101/2005, servindo de base para o estudo efetuado no presente trabalho. Entretanto, necessária é a constatação de que a recuperação judicial também não é um instrumento livre de possibilidades de fraudes e de utilização indevida. Tal como visto anteriormente no estudo da concordata, o novo procedimento também permite tão somente a postergação da quebra do empresário em crise.

Ainda que as ferramentas recuperacionais atuais sejam mais democráticas e transparentes, conclusão que decorre da existência de

instrumentos como o plano de recuperação judicial, a assembléia de credores e o comitê de credores, existem empresários fazendo uso do pleito recuperacional apenas para postergar a quebra da empresa, tendo tempo suficiente para tentar salvar seu patrimônio pessoal e deixar ao concurso falimentar aquilo que já não lhes serve mais.

A própria suspensão das execuções pelo prazo de cento e oitenta dias após o despacho de deferimento da recuperação judicial é vista com bastante critério pela doutrina (COELHO, 2011, p. 86; ALMEIDA, 2014, p. 341), ainda que o presente trabalho tenha apontado tal suspensão como aspecto positivo. Fato é que se trata sim de um benefício concedido ao empresário em crise, afinal ele necessita de um prazo para se reestruturar e conseguir fôlego financeiro para dar início ao plano de recuperação judicial que propõe aos seus credores, algo impossível quando se tem o procedimento executório correndo a pleno vapor sobre as atividades empresariais.

Todavia, a suspensão das execuções também permite o desvio fraudulento de bens antes vinculados às ações em curso. E justamente esse aspecto vem sendo criticado, cabendo ressaltar o raciocínio de Renée Pereira (2015, p. 1) ao estudar brevemente a recuperação judicial em reportagem publicada no Jornal O Estado de S. Paulo. Para o autor, o processo de recuperação judicial precisa crescentemente se pautar por um de seus requisitos legais: a demonstração de viabilidade econômica.

Trata-se de um requisito de difícil mensuração, pois quem demonstra a viabilidade do plano de recuperação judicial, nos termos do artigo 53, II da Lei 11.101/2005 é a própria empresa em crise. O Poder Judiciário tem o dever de analisar tal viabilidade, porém não dispõe de meios eficientes de prever se o plano dará certo ou não, ao que se soma o princípio da preservação da empresa por conta de sua função social. Ou seja, o juiz acaba por deferir a recuperação judicial justamente por falta de alternativa, afinal a empresa irá à falência caso isso não ocorra.

Nesse diapasão, cabe reforçar a necessidade de olhar crítico sobre o plano de recuperação judicial, no intuito de incrementar a análise sobre a viabilidade econômico-financeira da empresa. Ainda em referência a Pereira (2015, p. 1), tem-se que a recuperação judicial deve, cada vez mais, beneficiar

empresas que realmente possam ser recuperadas, ou seja, “o poder judiciário deveria ser acionado depois que especialistas com notória capacidade técnica e indiscutível idoneidade moral verificassem se a empresa é econômica e financeiramente viável”.

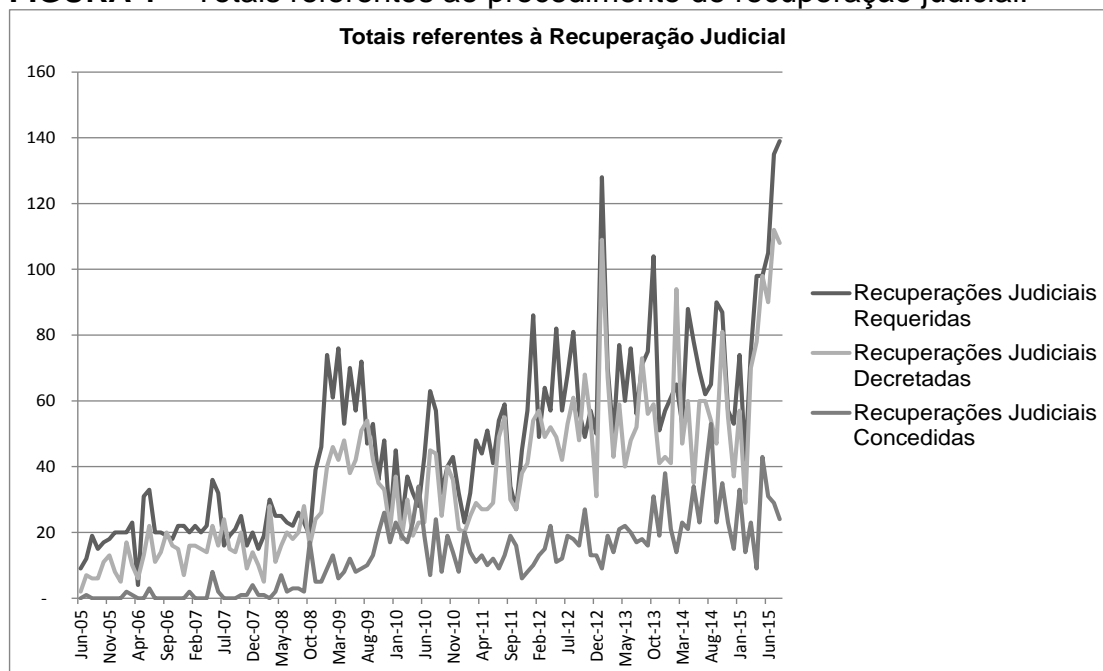
Do contrário, isto é, mediante o mero deferimento do processo de recuperação judicial sem uma análise global da situação da empresa, a qual deve ser pautada principalmente por sua viabilidade econômico-financeira, estar-se-á diante de situações de benefício único e exclusivo ao empresário em crise, posto que este fará uso dos instrumentos legais para postergar sua falência e, adicionalmente, terá chances de fraudulentamente salvaguardar seu patrimônio em detrimento dos credores.

5.3 A Eficiência da Recuperação Judicial

Analisados os aspectos positivos e negativos da nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, cabe, no presente momento, uma análise da eficiência decorrente da utilização do procedimento recuperacional, ou seja, a pesquisa procurou identificar se o novo arcabouço normativo atinente à preservação da empresa vem cumprindo sua finalidade após dez anos de vigência da Lei 11.101/2005.

Para tanto, foram consultadas bases de dados públicas que levam em consideração informações obtidas nas Varas de Falência e Recuperação Judicial de todo o Brasil, bem como dados registrados nos Diários de Justiça dos estados brasileiros.

Inicialmente, cumpre destacar o incremento no uso da ferramenta recuperacional desde a vigência da nova legislação, conforme revela o gráfico abaixo:

FIGURA 1 – Totais referentes ao procedimento de recuperação judicial.

Fonte: SERASA EXPERIAN, 2015, p. 1.

Especificamente no ano de 2015, o número de pedidos de recuperação judicial bateu recorde em julho, segundo o indicador da Serasa Experian (2015, p. 1). Foram 135 solicitações, representando um aumento de 28,6% em relação a junho e o maior volume desde o início da série histórica do indicador, em 2006.

Neste âmbito, cabe dar destaque ao setor da construção civil como aquele que vem solicitando a ajuda judicial com maior frequência, justamente por ser um setor que possui gama considerável de interessados na cadeia de fornecimento (fornecedores e colaboradores), ao passo que costuma trabalhar com um pequeno número de contratos de maior valor. Em consequência, caso esses contratos venham a apresentar incompatibilidades financeiras, a empresa entra em dificuldades e passa a descumprir seus compromissos financeiros. Ademais, a forte exposição de tais contratos ao setor público leva, em momentos de crise econômica, a maiores incertezas por parte das empreiteiras. É o que revela a reportagem de Renée Pereira (2015, p. 1):

O movimento é 25% superior a igual período de 2014 e representa 20% dos pedidos de recuperação judicial do país, segundo dados do Instituto Nacional de Recuperação de Empresarial (INRE). "O crescimento dos pedidos de recuperação judicial é reflexo da crise econômica, da falta de crédito e do aumento da taxa de juros", afirma o desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Carlos Henrique Abrão, conselheiro fundador do INRE.

Mas há outros fatores que ajudaram a turbinar esses números. A Operação Lava Jato, da Polícia Federal, levou uma série de empresas envolvidas no esquema de corrupção da Petrobrás aos tribunais, especialmente as grandes construtoras. Endividadas, sem crédito na praça e com contratos cancelados ou suspensos, OAS, Galvão Engenharia, Schahin e Alumini seguiram esse caminho.

Pelos dados do INRE, os pedidos de recuperação judicial feitos por empresas consideradas de grande porte, com faturamento superior a R\$ 5 milhões, foram os que mais cresceram: 39% no período. As médias (com até R\$ 3 milhões de faturamento) aparecem em seguida, com 31%, e as pequenas, 29%. Segundo o desembargador Abrão, os cortes no orçamento público também contribuíram para elevar os pedidos de recuperação. "As grandes construtoras pararam de receber, como por exemplo, no Minha Casa Minha Vida, e provocaram um efeito cascata entre as empresas menores subcontratadas."

Verifica-se, portanto, uma tendência de aumento nas recuperações judiciais requeridas, decretadas e concedidas ao longo dos anos. Tal fato revela que, em comparação à concordata, a recuperação judicial tem conseguido cumprir a sua finalidade de efetivamente recuperar a empresa, sendo, portanto, usada por número cada vez maior de empresários em crise.

Adicionalmente, os dados mostram que o procedimento recuperacional se alinha ao momento econômico vivido pelo Brasil em cada período. Ou seja, em momentos de crise, aumenta o montante de empresas que recorrem ao instrumento legal de recuperação, havendo posterior redução conforme a economia dá mostras de crescimento. O gráfico abaixo, o qual retrata variações percentuais acumuladas em relação aos doze meses anteriores, demonstra a conclusão ora desenhada:

FIGURA 2 – Recuperações judiciais - variação acumulada em 12 meses.

Fonte: SERASA EXPERIAN, 2015, p. 1

O gráfico informa um aumento percentual no período de 2008 a 2009, seguido por uma queda e posterior tendência de aumento a partir de 2013. Tal fato pode ser relacionado à crise econômica americana decorrente das dificuldades enfrentadas pelo sistema bancário a partir de setembro de 2008. Essa crise refletiu-se no mundo todo, prejudicando principalmente as empresas exportadoras brasileiras, as quais perderam sua demanda externa. Já a partir de 2013, o aumento no uso do procedimento recuperacional se relaciona com a crise econômico-financeira enfrentada pelo próprio país. Questões como o baixo crescimento do Produto Interno Bruto e as tendências de aumento da inflação têm prejudicado a economia interna e trazido a incerteza no ambiente empresarial. Conseqüentemente, empresas entram em crise e a recuperação judicial se abre como procedimento necessário.

Segundo a Serasa Experian (2015, p. 1), a solvência das organizações tem sido impactada pelas elevações das taxas de juros e pelo aumento do endividamento em moeda estrangeira das empresas que têm contratos indexados ao dólar, derivado da elevação da taxa de câmbio.

Nesse contexto, cabe ressaltar reportagem de Renée Pereira (2015, p. 1) a respeito da eficiência da recuperação judicial:

Mais de 50% das empresas que estão entrando em recuperação judicial não conseguirão se reerguer e vão falir, avalia o desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Carlos Henrique Abrão, conselheiro fundador do Instituto Nacional de Recuperação de Empresarial (INRE). "As empresas estão em recuperação para ganhar tempo. Muitas não vão se recuperar".

Pelos dados do desembargador, apenas 5% dos pedidos de recuperação judicial requeridos em dez anos de vigência da lei não terminaram em falência. Para o advogado Jorge Lobo, o poder judiciário apenas deveria ser acionado depois que especialistas, com notória capacidade técnica e indiscutível idoneidade moral, verificassem se a empresa é econômica e financeiramente viável.

Em recente artigo, ele afirma que a causa do fracasso da recuperação judicial não está na lei, mas na "equivocada utilização da ação baseada em desejos de ver a empresa se reerguer e na esperança de ver surgir uma solução milagrosa".

Conclui-se, assim, o presente capítulo com a demonstração de que a recuperação judicial possui aspectos positivos e negativos. Em comparação com o procedimento equivalente anterior, a concordata, muitos são os pontos positivos, já aqui detalhados, de modo que o aumento em sua utilização revela a eficiência do instituto. Frise-se que o pedido de recuperação não significa que a empresa irá se salvar do processo falimentar. Todavia, trata-se de uma ação inicial para evitá-lo.

6 CONCLUSÕES

Frente a todo o conteúdo exposto no presente trabalho, pode-se inferir pela vital importância da recuperação judicial no direito falimentar recente. A visualização do instrumento recuperacional como ferramenta alternativa à falência demonstra, por si só, a importância de se evitar a quebra da empresa. Em tal contexto, a pesquisa realizada demonstrou a mudança nos paradigmas, havendo a sobrevalorização do princípio da preservação da empresa, haja vista a sua função social decorrente do papel do empresário como ente que assume riscos na expectativa de não apenas obter retorno, mas de atender a uma diversidade de grupos de interesse (fornecedores, clientes, Governo, investidores e funcionários).

O empresário deixa, então, de ser visto como um ente delituoso, como fora demonstrado no capítulo inicial do estudo, fato que ocorreu por séculos no direito falimentar. Ao invés de pagar com sua própria vida pelo inadimplemento decorrente da crise da empresa, o ordenamento jurídico prioriza e busca novos meios de recuperar a atividade empresarial, evitando um mal maior decorrente da falência. A recuperação judicial é, em tal contexto, uma ferramenta primordial para a segurança econômico-financeira do empresário, considerando-se que ele obterá proteção jurisdicional antes de ver decretada a sua falência.

Em tal diapasão, visualizou-se que a concordata, ferramenta recuperacional instituída pelo Decreto-lei 7.661/1945, de fato não mais se alinhava aos objetivos modernos de preservação da atividade empresarial. Como visto, a empresa concordatária tão somente obtinha um favor judicial advindo da própria lei, cujo desenho vinha pronto e rígido. Portanto, não apenas o empresário tinha dificuldades de se recuperar, mas também os credores tinham receio em aceitar a concordata, em suas duas modalidades, como ferramenta de recuperação empresarial eficaz. Afinal, aspectos como a abrangência somente de créditos quirografários e o prazo determinado para cumprimento das obrigações, por si só, não eram saídas adequadas à crise.

A recuperação judicial, como visto, veio a alterar tal cenário, inicialmente democratizando e flexibilizando a negociação entre o empresário

devedor e seus credores. A instituição de instrumentos como o plano de recuperação judicial, a assembléia geral de credores, o comitê de credores e o administrador judicial trouxeram segurança para o procedimento. Agora o empresário pode negociar diretamente com seus credores e buscar a aprovação de um plano pautado pela viabilidade de recuperação da empresa. Aliás, ressalte-se que a recuperação judicial tem por princípio reorganizar somente empresas que possam ser reorganizadas, não sendo mais um favor judicial, termo utilizado pela doutrina no detalhamento da concordata.

Ainda em relação aos aspectos positivos da recuperação judicial, a comparação efetuada com a concordata chamou, também, a atenção para a não subsistente necessidade de inexistência de títulos protestados para o ingresso no procedimento recuperacional. A recuperação judicial, adicionalmente, permite a suspensão de ações e execuções pelo prazo pré-estabelecido de cento e oitenta dias, garantindo assim o fôlego necessário ao empresário em crise, como bem salientado pela doutrina e jurisprudência analisadas no decorrer da redação da presente pesquisa.

Entretanto, o trabalho apontou, em seguida, que aspectos negativos também são inerentes ao procedimento de recuperação empresarial trazido pela Lei 11.101/2005. Visualizou-se, em tal contexto, a exigência de certidões negativas de débitos tributários e a questão da trava bancária como críticas quase que uniformes na doutrina e na jurisprudência. Inclusive, a chegada de tais questões aos tribunais superiores indica uma pacificação breve de tais dilemas.

Todavia, a demonstração realizada no presente trabalho em relação à eficiência da recuperação judicial nos seus dez anos de existência, a qual se traduz no aumento da utilização da ferramenta especialmente nos momentos de crise econômica, bem como no efetivo sucesso da recuperação quanto ao atingimento de suas finalidades legais, faz com que o instrumento seja tratado de forma adequada e tenha uso crescente pelos empresários em crise. Como já frisado, a recuperação judicial não é a garantia de que a empresa não vá falir, mas sim um passo inicial na tentativa de evitar tal acontecimento. Entretanto, a pesquisa demonstrou que esse passo inicial

caracteriza-se pela maior efetividade em comparação a ferramentas anteriormente existentes.

Em síntese, pode-se extrair que a recuperação judicial bastante inovou em relação à concordata. O simples fato de trazer o princípio da preservação da empresa em seu bojo, aliado ao reconhecimento da função social da mesma quando vista como ente central em relação a uma diversidade de grupos de interesse, faz com que o instituto tenha visibilidade e tendência a se efetivar no ordenamento jurídico brasileiro como ferramenta recuperacional capaz de reorganizar a atividade empresarial e, assim, impedir uma infinidade de pontos negativos advindos de um processo falimentar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei (Org.). **10 anos de vigência da Lei de Recuperação e Falência (Lei 11.101/2005)**. São Paulo: editora Saraiva, 2015.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. 27. ed. rev. ampl. São Paulo: editora Saraiva, 2014.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Jurisprudência da Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado 55 da I Jornada de Direito Comercial**. O parcelamento do crédito tributário na recuperação judicial é um direito do contribuinte, e não uma faculdade da Fazenda Pública, e, enquanto não for editada lei específica, não é cabível a aplicação do disposto no art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e no art.191-A do CTN. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/128>>. Acesso em: 20 set. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RECUPERAÇÃO JUDICIAL – coobrigados – possibilidade de serem acionados**. Recurso Especial 1.333.349/SP (2012/0142268-4). Recorrente: Luiz Gonzaga Lanzi. Recorrido: Banco Mercantil do Brasil S/A. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 05 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.fortes.adv.br/Download.aspx?Codigo=205>>. Acesso em: 20 set. 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 8. ed. São Paulo: editora Saraiva, 2011.

COSTA JÚNIOR, Dijosete Veríssimo da. **Aspectos relevantes da concordata preventiva e suspensiva**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 2, n. 20, 12 out. 1997. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/767>>. Acesso em: 14 set. 2015.

CRETELLA NETO, José. **Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas (Lei 11.101, de 09.02.2005)**. Rio de Janeiro: editora Forense, 2005.

DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. **As Fases da Recuperação Judicial: de acordo com a Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Curitiba: J.M. Livraria Jurídica, 2009.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas: Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. São Paulo: editora Atlas, 2005.

FRANCO, João Roberto Ferreira. **Lei de Recuperação Judicial dificulta acesso ao crédito**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-02/joao-franco-lei-recuperacao-judicial-dificulta-acesso-credito>>. Acesso em: 20 set. 2015.

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

OLGUIN, Pedro Rocha. **Recuperação de empresas, concordata e princípio da preservação**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3506, 5 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23652>>. Acesso em: 14 set. 2015.

PEREIRA, Renée. Crise leva 253 empreiteiras à recuperação judicial: número cresceu 25% em relação a 2014; setor foi afetado por atrasos de repasses do governo e por Lava Jato. **O Estado de S. Paulo**. São Paulo, 27 set. 2015. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,crise-leva-253--empreiteiras-a--recuperacao-judicial,1769662>>. Acesso em: 03 out. 2015.

PERIN JÚNIOR, Ecio. **Curso de Direito Falimentar e de Recuperação de Empresas**. 4. ed. São Paulo: editora Saraiva, 2011.

RAMOS, André Luiz. **STJ dispensa apresentação de CND para concessão de recuperação judicial**. Disponível em: <<http://alcramos.jusbrasil.com.br/artigos/121943291/stj-dispensa-apresentacao-de-cnd-para-concessao-de-recuperacao-judicial>>. Acesso em: 20 set. 2015.

SERASA EXPERIAN. **Indicador Serasa Experian de Falências e Recuperações**. Disponível em: <<http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/ftp/facons.zip>>. Acesso em: 20 set. 2015.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários a lei de falências: decreto-lei n.7661, de 21 de junho de 1945**. Rio de Janeiro: editora Forense, 1948.