

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

CURSO DE DIREITO

**ASPECTOS GERAIS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS E SUA
EFETIVIDADE ATRAVÉS DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA**

Gabriela Tais Fossa Trugilo de Oliveira

Orientador: Edson Freitas de Oliveira

Presidente Prudente/SP

06 de novembro de 2017

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

CURSO DE DIREITO

**ASPECTOS GERAIS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS E SUA
EFETIVIDADE ATRAVÉS DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA**

Gabriela Tais Fossa Trugilo de Oliveira

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Edson Freitas de Oliveira.

Presidente Prudente/SP

06 de novembro de 2017

ASPECTOS GERAIS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS E SUA EFETIVIDADE ATRAVÉS DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Edson Freitas de Oliveira

Rafael Aragos

José Francisco Galindo Medina

Presidente Prudente/SP, 2017

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus por minha vida, família e amigos.

À minha família, que me apoiou e proporcionou todo amparo necessário para esta jornada acadêmica.

Ao meu orientador, prof. Edson Freitas de Oliveira, por toda confiança, suporte, correções e incentivos.

RESUMO

Em um país assolado pela crise econômica, surge a necessidade de uma discussão sobre a efetividade da recuperação de empresas como meio de promoção do soerguimento da sociedade empresária. O presente trabalho traz noções gerais sobre a recuperação de empresas e a efetividade desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro. É realizada uma síntese da evolução histórica do direito falimentar e recuperacional, mostrando sua evolução no direito mundial e brasileiro, ressaltando as alterações promovidas pela Lei n. 11.101/2005. Ademais, são abordados os conceitos de sociedade empresárias, recuperação judicial e dos que estão sujeitos à legislação recuperacional. São explanados os motivos que levam uma empresa à crise. Também foram consagrados os princípios que norteiam a recuperação de empresas, mostrando a efetividade do instituto através do princípio da preservação da empresa diante do cenário econômico atual e sob a luz do ordenamento jurídico brasileiro. Buscou-se o resultado da superação da crise da empresa, preservando esta e impedindo que seja decretada sua falência. A pesquisa resulta na demonstração da importância da recuperação de empresa, levando em conta os interesses de seus sócios, empregados, fornecedores, credores e da sociedade em geral. Portanto, a recuperação de empresas se revela um benefício primordial para as empresas em crise, seja esta de natureza econômica, patrimonial ou financeira, resultando em sua reestruturação perante os princípios da proteção do trabalhador, do interesse dos credores, da função social e da preservação da empresa.

Palavras-chave: Efetividade. Recuperação de empresas. Histórico falimentar e recuperacional. A crise na empresa. Proteção dos trabalhadores. Interesse dos credores. Função social da empresa. Preservação da empresa.

ABSTRACT

In a country plagued by the economic crisis, the need arises for a discussion about the effectiveness of the recovery of companies as a means of promoting the uplift of the business society. This paper presents general notions about the recovery of companies and the effectiveness of this institute in the Brazilian legal system. A summary of the historical evolution of the bankruptcy and recovery law is presented, showing its evolution in the world and Brazilian law, highlighting the changes promoted by Law no. 11.101 / 2005. In addition, the concepts of corporate society, judicial recovery and those subject to recovery legislation are addressed. The reasons that lead a company to the crisis are explained. The principles that guide the recovery of companies were also established, showing the effectiveness of the institute through the principle of preservation of the company in the current economic scenario and under the light of the Brazilian legal system. We sought the result of overcoming the crisis of the company, preserving this and preventing its bankruptcy is decreed. The research results in demonstrating the importance of company recovery, taking into account the interests of its partners, employees, suppliers, creditors and society in general. Therefore, the recovery of companies proves to be a fundamental benefit for companies in crisis, be it of an economic, patrimonial or financial nature, resulting in their restructuring in the face of the principles of worker protection, creditors' interest, social function and preservation from the company.

Keywords: Effectiveness. Recovery of companies. Bankruptcy and recovery history. The crisis in the company. Protection of workers. Interest of creditors. Social function of the company. Preservation of the company.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. DIREITO FALIMENTAR E RECUPERACIONAL – HISTÓRICO E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA.....	3
2.1 Período Antigo.....	3
2.2 Período Romano	5
2.3 A Idade Média	9
2.4 Direito Moderno.....	11
2.5 O direito falimentar e recuperacional no Brasil.....	13
2.6 Principais evoluções legislativas	19
3. CONSIDERAÇÕES SOBRE ATIVIDADE EMPRESARIAL – O AGENTE DEVEDOR	23
3.1 Teoria dos Atos do Comércio	23
3.2 Teoria da Empresa.....	25
3.3 Empresa e atividade empresarial.....	27
3.4 Os incluídos e excluídos pela Lei 11.101/2005	28
3.5 A Recuperação Especial da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte	33
4. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL	38
4.1 Noções introdutórias	38
4.2 Tipos de crise.....	41
4.3 Fatores que originam a crise.....	43
5. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA	48
5.1 Noções gerais sobre princípios	48
5.2 Princípios da recuperação judicial.....	52
5.3 Da Proteção ao Trabalhador	54
5.4 Do Interesse dos Credores	56

5.5 Do princípio da Função Social da Empresa	58
5.6 Do princípio da Preservação da Empresa	63
5.7 Efetividade do princípio da preservação da empresa.....	70
6. CONCLUSÃO	76
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	78

1. INTRODUÇÃO

A recuperação de empresas é tema relevante no cenário econômico do país. Objetivar que a empresa em crise supere a situação que aflige seus funcionários, credores e toda a sociedade faz parte de uma estratégia que tenta manter a ordem econômica e que busca o soerguimento da empresa e conseqüentemente do mercado de trabalho, visto que a empresa carrega consigo o título de um dos organismos mais importantes da economia de um país.

A ordem econômica prevista na Constituição Federal tem como pilares a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, assegurando a todos uma existência digna, de acordo com os princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, de acordo com o previsto em nossa Carta Magna em seu artigo 170.

Abaixo de nossa Carta Magna, a Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, busca cumprir os preceitos previstos pela nossa Constituição, consagrou os princípios da proteção dos trabalhadores, do interesse dos credores, da função social e da preservação da empresa, norteando assim a recuperação de empresas e sua aplicação, dando ao intérprete noções do modo que assim deverão ser introduzidos no processo.

O trabalho enfocou primeiramente em trazer as raízes históricas do direito falimentar e recuperacional, abrangendo o Período Antigo, o Direito Romano, a Idade Média até alcançar o Direito Moderno, mostrando também todo esse processo em nível nacional, onde buscou-se sintetizar as principais evoluções que a Lei 11.101/2005 promoveu. No capítulo seguinte, foram lançadas as noções introdutórias sobre sociedades empresárias, mostrando a transição da Teoria dos Atos do Comércio para a atual Teoria da Empresa, e também acerca dos empresários incluídos e excluídos pela abrangência da Lei. Posteriormente, fora explanada a situação de crise da empresa, sendo discutidas quais as espécies e motivos que a levaram à entrar em dificuldades. Por fim, o último capítulo traz as noções introdutórias

acerca dos princípios, explanando os que norteiam a recuperação de empresas, quais sejam, o da proteção ao trabalhador, interesse dos credores, função social e preservação da empresa, com enfoque neste último, mostrando sua efetividade no cenário econômico atual.

O estudo se deu por meio do método hipotético-dedutivo, comparativo, histórico e levantamento bibliográfico com análise e apoio de livros, artigos científicos e publicações sobre o assunto em questão.

Diante da crise concreta, deverão ser verificados os princípios que norteiam a Lei n. 11.101/2005 para que seja realizada uma completa análise da possibilidade de recuperação da empresa. Vimos aqui, diante da crise econômica do país, uma necessidade de discorrer sobre os conceitos gerais da recuperação de empresas, o surgimento da crise na empresa e sobre a efetividade do instituto recuperacional diante de todos os princípios e mais profundamente sob a preservação da empresa.

2. DIREITO FALIMENTAR E RECUPERACIONAL – HISTÓRICO E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

A crise que afeta a empresa levando-a para uma eventual falência ou recuperação sempre existiu. Assim como o Decreto-Lei n. 7.661/45, que propunha a falência, como forma punição ao mau empresário, e a concordata como subterfúgio ao empresário que se encontrava em crise, protegendo-o das punições que lhe eram aplicadas na falência, vários outros dispositivos e institutos precederem a atual Lei n. 11.101/2005, resultando na base da Lei atual. Serão explanados a partir deste momento o histórico da Lei de Recuperação de Empresas e Falências.

2.1 Período Antigo

Ao longo da vida em sociedade, sempre foi possível observar as relações que os indivíduos constituíam entre si. Em algumas dessas, percebemos que certas pessoas assumiam obrigações e não conseguiam satisfazê-las na data que fora acordada. Assim, a figura de credor e devedor sempre esteve presente em todo tipo de sociedade, ainda que assim não possuía tal nomenclatura.

Nos tempos primórdios, a figura do credor associava-se erroneamente com a da sociedade empresária devedora. Ao credor era permitido o uso de coerção física para que este tivesse seu direito creditício satisfeito, chegando a casos extremos em que o devedor era “aprisionado, escravizado e até morto pelo credor, caso não pagasse o devido”, segundo Requião Rubens (1998, p. 06). Luiz Inácio Vigil Neto (2008, p. 55) relata que nas antigas sociedades predominava o pensamento tradicional de que se o devedor tinha um comportamento irresponsável para com o credor justificava-se a atitude do último em utilizar medidas extremas (prisão, tortura, humilhação, escravidão, entre outras) para que seu pagamento pudesse ser honrado. O autor Mamede (2008, p.11) explica:

O adimplemento das obrigações públicas e privadas, na antiguidade, parece ter merecido uma solução uniforme de que o devedor garante, com sua vida ou liberdade, o pagamento de suas dívidas. Nas Leis de Hamurabi, por exemplo, essa prática fica clara em alguns dispositivos, como do 115º ao

118º, nos quais é tratado o oferecimento de pessoas como garantias de dívidas; um pouco antes, o 54º dispositivo já falava na venda [como escravo] daquele que, condenado a pagar pelos prejuízos decorrentes de ato ilícito [inundação de campo alheio], fruto da negligência na fortificação do dique de seu campo, não pode indenizar o grão perdido.

No mesmo contexto, o Código de Manu, redigido entre os séculos II a.C. e II d.C. e utilizado na Índia, permitia ao credor que utilizasse da escravidão do devedor como meio de pagamento, sem, porém, admitir que excessos considerados violentos e brutais fossem realizados. Na prática, o devedor não se tornava escravo do credor, mas satisfazia seu débito através da realização de serviços domésticos e de trabalhos sem que houvesse uma relação de servidão. De acordo com Bento de Faria (1947, t.1, p.10), era irrelevante a natureza do débito ou a profissão do titular deste, apenas a confissão do devedor que acrescia o valor de 05% (cinco por cento), e a falta dela, no dobro desta porcentagem. Como a Índia seguia o sistema de castas à época, aquele devedor que pertencesse a uma casta superior tinha a possibilidade de ter seu pagamento dividido em prestações conforme sua necessidade e possibilidade, de acordo com o que relatou Rubens Requião (1998, p. 06-07).

De outro lado, no antigo Egito a escravidão decorrente de dívidas foi permitida durante pouco tempo, já que a Lei de Bocchoris, de um antigo rei egípcio homônimo, passou a vigorar, de acordo com Bento de Faria (1947, t.1, p.11). O autor relata também que o sistema utilizado passou a ser a execução patrimonial. Deste modo, em caso de morte do devedor, seu cadáver poderia ser tomado pelo credor para uma possível solvência de dívidas, caso em que os familiares e amigos sentiam-se moralmente coagidos a resgatar o cadáver para satisfazer o crédito.

No direito grego, base da Lei das XII Tábuas, vigorava a regra de que a dívida seria satisfeita pela servidão do devedor, pela alienação de seu patrimônio ou até por sua morte. Requião Rubens (1998, p.07.) destaca que durante este período, Sólon, antigo legislador grego, ordenava que os presos por dívidas fossem libertos, manifestando a proibição de “tornar os seus corpos responsáveis pelos respectivos compromissos”. Ainda, os bens do devedor se destinariam ao credor que primeiro os tomasse.

Diante de todas estas características, é perceptível que em todas as civilizações o devedor era inadequadamente acometido pelas dívidas que sua

sociedade empresária adquirira. É possível atribuir tais características à primitividade destes povos ao tratar do assunto, mas aos poucos é percebida uma mudança significativa começa a ocorrer.

2.2 Período Romano

De acordo com relatos e estudos promovidos por diversos autores e pesquisadores, é possível afirmar que em Roma encontramos um dos grandes passos para o direito atual, apesar da ressalva de Bento de Faria (1947, t.1, p.13), que relata não haver naquela época distinção entre os comerciantes e não comerciantes, de forma que o direito comercial era praticamente inexistente. Mamede (2008, p.11) introduz:

Em Roma, quando do estabelecimento das XII Tábuas (cerca de 450 a.C.) o adimplemento das obrigações era garantido não pelo patrimônio do devedor, mas por sua pessoa, ou seja, por sua liberdade e vida. É o que fica claro da Tábua III, aqui apresentada na versão de Ortolan, com tradução de Silvio Meira:

“De Rebus Creditus [Dos Créditos] I. Para o pagamento de uma dívida confessada, ou de uma condenação, que o devedor tenha um prazo de 30 dias. II. Passado o prazo, que se faça contra ele a *manus injecto* (pôr a mão, portanto, apreensão) e que seja levado perante o magistrado. III. Se o devedor não paga e ninguém se apresenta como *vindex* (garantidor da dívida), que o credor o conduza a sua casa, encadeando-o por meio de correntes ou ferro nos pés, pesando pelo máximo quinze libras ou menos se assim o quiser o credor. IV. Que ele, se quiser, viva às suas próprias expensas; se não quiser, que o credor que o tem preso lhe forneça cada dia uma libra de farinha, ou mais, se assim quiser. V. Se não há conciliação, que o devedor fique preso por 60 dias, durante os quais será conduzido em três dias de feira ao *comitium*, onde se proclamará, em altas vozes, o valor da dívida. VI. Se são muitos os credores é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos seja os credores, não importando cortar mais ou menos [Tertiis nundinis partis secantor, plus minusve secuerint, ne fraude esto]; se os credores preferirem, poderão vender o devedor [como escravo] a um estrangeiro, além do Tibre [trans Tiberium]”.

Neste período da história, encontramos, como mencionada por Mamede, a Lei das XII Tábuas, que consistia em uma antiga legislação do direito romano. Considerada um marco na civilização romana, esse instituto trouxe pela primeira vez

a codificação de leis, permitindo um melhor funcionamento do Império. Assim, Silvio Meira apud Elder Lisbôa Ferreira da Costa (2007, p. 58) ressalta sua importância:

Foi portanto a lei das XII Tábuas, além de uma fonte de conhecimento criadora extraordinariamente fecunda do direito romano posterior, durante cerca de mil anos, até Justiniano (529 d.C.) data da promulgação do *Corpus Iuris Civilis*. Se fizermos um estudo mais profundo das legislações modernas, remontando às suas origens justinianéias, vamos verificar que muitos dos institutos jurídicos que ainda hoje sobrevivem nas legislações civilizadas tiveram a sua gênese na lei Decemviral, promulgada cerca de cinco séculos antes de Cristo. Na Lei das XII Tábuas decorrem o direito privado, o direito civil romano, normas sobre propriedade, obrigações, sucessões e família, os direitos de vizinhança, a tutela, a curatela, os testamentos, os preceitos creditórios, os contratos. No campo do direito penal, embora em menores proporções, encontra nela abundante manancial, especialmente no que diz respeito ao furto, ao homicídio, dano, falso testemunho.

Neste período, a dívida de uma pessoa era advinda de uma confissão ou através de uma condenação, sendo este identificado como "*manus iniecto*". Esse instituto, estabelecido pela Lei das XII Tábuas, penalizava o cidadão romano devedor, de modo que suas dívidas eram satisfeitas com a restrição de sua liberdade e até com a sua morte. Conforme José Candido Sampaio de Lacerda (1971, p. 27.), "a obrigação recaía sobre o indivíduo e não sobre seus bens". Percebe-se aqui a intenção de punir o devedor, não sendo a dívida em si a primeira preocupação, mas sim a coerção àquele que é inadimplente. Também sobre o *manus iniecto*, completa Luiz Inácio Vigil Neto (2008, p. 49):

"O devedor passava à condição de escravo, podendo o credor conduzi-lo à praça pública para ser vendido ou resgatado. Inexitosa essa tentativa, sofria o devedor a *capitis diminutio maxima*, quando se tornava propriedade do credor, que podia vendê-lo fora do território romano ou matá-lo e, quiçá, esquartejá-lo."

E sobre o tratamento do devedor, Perin (2004, p. 23) afirma:

Desta forma, existia nesta época (direito quiritário, fase mais primitiva do direito romano), no instituto da falência uma clara preocupação em punir o devedor que não saldasse suas dívidas para com os seus credores."

Era uma execução pessoal, cujo procedimento consistia no credor deter a posse sobre a pessoa do devedor sendo este aprisionado por um prazo de sessenta dias, servindo neste período de escravo para o devedor.

Decorrido o prazo e não paga a dívida ou não surgido o videx (parente do devedor ou qualquer outra pessoa que saldasse a sua dívida para com seus credores), poderia o devedor ser morto ou vendido como escravo para outra localidade.

Neste tempo, estava presente também a figura do *nexum*, que explica Domingos (2009, p. 26), ter “a finalidade de abrandar os efeitos da *manus iniecto*, em especial na possibilidade do credor matar o devedor insolvente.”. O *nexum* consistia em um acordo firmado entre credor e devedor, no qual o último (ou um membro de sua família) sujeitava-se a trabalhar de forma escrava para o primeiro. Diferencia-se aqui, então, a figura do *nexum* para a *manus iniecto*, onde, apesar de ambas serem extremamente cruéis e desproporcionais, a primeira era derivada de um acordo bilateral, enquanto a segunda decorre de um ato de decisão única do credor.

Esse sistema perdurou até o ano de 428 a.C. (apesar de Rubens Requião – 1998, p.08 – apontar que a data não seria precisa, oscilando de 441 a.C. a 428 a.C.), quando entrou em vigor a *Lex Poetelia Papiria*, que segundo Domingos (2009, p. 26) trouxe uma visão humanística à época. Domingos (2009, p. 26) ainda ressalta que os grandes responsáveis pelo surgimento da *Lex Poetelia Papiria* foram os próprios devedores da época, que se uniram para que uma forma mais branda de condenação fosse imposta caso houvesse inadimplemento da dívida.

Fora abolida a possibilidade de o devedor sacrificar sua própria liberdade ou até sua vida para satisfazer sua dívida. Cumpre dizer que Domingos (2009, p. 27) explica que apesar da evolução, “a *Lex Poetelia Papiria* não extinguiu a figura do *nexum*, que continuou subsistindo de forma mais branda, necessitando da intervenção direta do magistrado para sua execução.”.

Domingos (2009, p.27) segue afirmando que o instituto da *missio in possessionem* foi o marco da passagem entre a execução pessoal para a execução patrimonial. Perin (2004, p. 23) relata que a partir deste momento, passou a ocorrer a restrição somente quando a execução que fosse dirigida exclusivamente contra o patrimônio do devedor. Introduziu-se então, a execução patrimonial no direito romano. Perin (2004, p. 23) completa:

Desta 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.

Passada a fase da *manus iniecto*, na última época do Direito Romano, é citado na história o instituto do *bonorum venditio*. De acordo com Domingos (2009, p. 29), nessa modalidade os bens eram alienados a um terceiro, denominado de *bonorum emptor*, que repassava o valor aos credores, com o limite do valor do patrimônio recebido, repartindo-se proporcionalmente entre os credores.

Em 737 a.C., pela *cessio bonorum*, introduzida pela *Lex Julia*, o devedor passou a entregar seus bens para que estes fossem repartidos de forma igualitária entre todos os credores. Aqui, Domingos chama a atenção para a preocupação com a dignidade da pessoa humana, “pois o devedor insolvente deveria permanecer com uma parcela de seu patrimônio necessária para seu sustento” (2009, p. 29). Perin (2004, p.23) confirma:

Posteriormente, pela *bonorum venditio* (instituída pelo pretor Rutilio Rufo), “o desapossamento dos bens do devedor era feito por determinação do pretor, nomeado um curador (*curator bonorum*) para a administração dos bens” apud Amador Paes de Almeida, p.3 Curso de falência e concordata. Depois, a *Lex Julia Bonorum* (737 a.C.) criou a *cessio bonorum*, que facultava ao devedor a cessão de seus bens ao credor que podia vendê-los separadamente. Estaria aí a semente da falência.

Ainda no direito romano, mais dois institutos chamam a atenção. De forma sucinta, Domingos (2009, p. 29) menciona o *pignus in causa indicati captum*, que segundo ele tem origem divergente na doutrina (uns dizem ter surgido com a Lei das XII Tábuas, outros por poderes administrativos do pretor, ou até nos prescritos imperiais do segundo século), que tratava-se de uma demanda executiva onde realizava-se a penhora de todos os bens do devedor, “e caso este não solvesse o débito no prazo de 02 (dois) meses entre a penhora e a venda, poderia o devedor adjudicar os bens penhorados ou concretizar a alienação para a satisfação do crédito” (2009, p. 29). Também, a figura do *bonorum distractio*, que tinha por fim alienar apenas parcelas singulares do patrimônio do devedor, sendo apenas executados os

bens necessários para satisfazer o crédito (DOMINGOS, 2009, p. 30). Domingos (2009, p.30) conclui que:

A partir das figuras jurídicas até o momento delineadas, notamos ululante preocupação do Estado Romano em garantir ao credor o recebimento de seus créditos. Entretanto, sempre existiu e existirá nas civilizações a figura do devedor fraudulento, que visa se eximir do pagamento de suas dívidas.

[...]

Noutra banda, não há como negar que a origem da concordata se deu no Direito Romano.

É notável que a influência do Direito Romano propulsiona a origem do instituto da concordata, de modo a findar bases para que o devedor inocente tenha respaldo para superar seus passivos, protegendo-o caso este se porte de maneira honesta perante seus credores. Do mesmo modo, o devedor fraudulento ainda ganha punição severa, embora já haja neste período uma maior preocupação com a dignidade deste e de seus familiares, a exemplo da *cessio bonorum*.

2.3 A Idade Média

Destruído o Império Romano pelos povos bárbaros (francos, lombardos, anglos e saxões, burgúndios, visigodos, suevos, vândalos e ostrogodos) por volta dos séculos IV e V, tem início a Idade Média, período marcado pela finalidade de punição ao devedor. Essa punição tinha caráter repressivo, conforme Perin (2004, p. 23), para que aquele que devia fosse punido, de forma que a defesa do credor era tida como finalidade secundária, criando-se o estigma de que “temia-se a falência do mesmo modo que se fugia do crime”. Perin completa (2004, p. 24):

A nota da infâmia feria em cheio o devedor; não havia boa-fé que o salvasse; fallitus ergo fraudator, dizia-se ainda na Idade Média; que já não era, pois, um cidadão, mas sim um “morto”; viadetur mortuus.

Neste momento, os italianos são lembrados como grandes formadores do Direito Falimentar que se organizava à época, utilizando o Direito Romano como base. Aqui, apareceram os estatutos medievais das cidades italianas, onde Perin (2004, p. 24) acrescenta que trouxeram a falência com finalidade de que através de “global processo expropriatório dos bens do devedor, comerciante ou artesão, fugitivo ou que se ocultava, presumindo-se, por isso, sua insolvência, lograr-se um resultado solutório”. Ainda, Cesare Vivante (3^a ed., p. 14) apud Domingos (2009, p. 35) apud mostra a importância de tais estatutos:

Nesses estatutos, que foram cada vez mais revistos e corrigidos no decurso de alguns séculos (de 1200 a 1800), e em que se encontra muita uniformidade de disposições, acham-se disciplinados minuciosamente alguns institutos vigentes, tais como os contratos de câmbio, de sociedade, a falência e a mediação; muitas das regras atualmente em vigor ali acham ainda o seu exato fundamento e muitas poderiam servir utilmente mesmo nos nossos dias.

No período da Idade Média, o estado começa a tomar as rédeas, assumindo um papel especial para condicionar os credores ao que este decidia. Ainda que se revelaram avanços com a execução patrimonial, as consequências para o devedor ainda eram graves. Perin (2004, p. 24) aponta que se o devedor estivesse boa-fé, poderia ser imposta a ele a pena de infâmia juntamente com outras penas vexatórias. Porém, agindo o devedor mediante uso de fraude, as sanções aplicadas a ele seriam muito mais graves. Tais sanções poderiam basear-se no apoderamento de pessoa do devedor, dispor de seus bens e até submetê-lo ao pelourinho. Amador Paes de Almeida comenta que “nessa fase, a falência é vista como um delito, cercando-se o falido de infâmia e impondo-se-lhe penas que vão da prisão à mutilação – *Falliti sunt fraudatores* (Os falidos são fraudadores, enganadores, velhacos)”. (2012, p. 30)

Perin (2005, p. 25) afirma que se estendia a falência a toda espécie de devedor em países como Áustria, Dinamarca, Hungria, Inglaterra e Noruega, mas na Itália, França e Portugal várias legislações passaram a restringir o instituto para devedores comerciantes. Domingos (2009, p. 36) sintetiza:

Certas peculiaridades eram vistas nessa época, tais como: o devedor insolvente, posteriormente conhecido como falido, era considerado um fraudador e seus direitos políticos eram reduzidos; a concordata se dava com o voto da maioria dos credores; a homologação do judiciário era requisito essencial para a concessão da concordata, e após a aprovação do magistrado a concordata “era obrigatória para todos os credores, aceitantes e dissidentes, conhecidos e desconhecidos presentes e ausentes”.

Após essa fase, alguns doutrinadores consideram o Direito Comum Europeu, enquanto outros defendem que nessa época não foi criada nenhuma evolução legislativa quanto ao instituto da falência. Domingos (2009, p. 36) cita rapidamente esse momento, ensinando que por volta dos séculos XIII e XIV, pelos estudos de alunos da Escola da Bolonha, surge o Direito Comum Europeu. Não havia, porém, um ordenamento jurídico unificado na Europa, mas pode-se aqui deixar a importância do princípio germânico *prior tempore, potior iure*, onde o primeiro credor que requereu a execução deve ter preferência sob os demais quando da alienação e recebimento do crédito (DOMINGOS, 2009, p. 38).

2.4 Direito Moderno

A partir de então, tem início uma época de autonomia jurídica em países como Alemanha, Espanha, França e Holanda, influenciados pela Itália. Parte da doutrina aponta o Código de Savary de 1673 como marco inicial do Direito Moderno, mas Domingos defende que o regulamento da praça de Lyon, editado em 02 de junho de 1667 é que carrega esse título (2009, p. 41). O Direito Espanhol, segundo Domingos, contribui com a visão de maior ingerência do magistrado nos procedimentos concursais, através de Salgado de Somoza (2009, p. 42). Notamos uma importante observação de Domingos (2009, p. 43):

Certo que não é momento oportuno para tecermos a seguinte afirmação, mas a breve abordagem que passaremos a declinar nos leva a concluir que na época romana a influência do judiciário era restrita e ao longo do tempo, fine ao Direito Moderno, a partir das legislações como a da Espanha, notamos uma jurisdicionalização do procedimento concursal.

O que fora adotado pelos estatutos italianos foi amplamente difundindo-se em outros países. O Direito Contemporâneo foi influenciado pelo ordenamento jurídico da França, comandado por Napoleão Buonaparte, sendo influenciada pelos estatutos italianos nas Ordenações de 1673. Neste mesmo ano, o Código Comercial Francês apresentou grande evolução ao Direito ao separar a matéria do Direito Civil das demais. Conforme Domingos (2009, p. 44) apresenta:

O Código Francês de 1807 contempla em seu Título Terceiro o instituto *des faillites et des banqueroutes*, no qual expõe uma conotação criminal ao devedor fraudulento, bem como restringe a aplicação do instituto, tão somente, aos devedores insolventes, tidos como comerciantes.

Perin (2004, p. 25) observa que por ser o período de pós-revolução francesa, que acontecera em 1789, o pensamento político dos filósofos Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau entusiasma essas mudanças, de modo a considerar a propriedade não mais um direito natural, mas civil, e completa:

Em outras palavras, mesmo que no Estado de Natureza (para Hobbes) e no Estado de Sociedade (para Rousseau) os indivíduos se apossassem de terras e bens, essa posse seria o mesmo que nada, pois não existiam leis para garanti-las. A propriedade privada era, portanto, um efeito do contrato social e um decreto do soberano. Essa teoria, contudo, não era suficiente para a burguesia em ascensão.

Esse Código, de acordo com Amador Paes de Almeida (2012, p. 31) mostrou-se de atuação inegável, com severas restrições ao falido, de modo a ampliar a antiga restrição francesa de falência apenas ao devedor comerciante. Entre os juristas que participaram das reformas cita-se Dufaure, Sauzet, Tripier, dentre outros.

Aos poucos vão se atenuando os rigores dessa legislação, e Domingos (2009, p. 45) aponta a reforma Salutar em 1838, que suavizou as disposições sobre falência e concordata. Essa reforma trouxe a importante divisão entre duas espécies de concordata: a concordata simples ou ordinária, e a concordata pelo “abandono do ativo” – essa última instituída através de uma reforma em 17 de julho de 1856.

A primeira modalidade acima citada consistia em um acordo feito entre devedor falido e credores de no mínimo 2/3 (dois terços) do valor total dos créditos quirografários, e se esta fosse aprovada, os efeitos da falência eram suspensos e administração do negócio era retomada pelo devedor. Na segunda modalidade, de acordo com Domingos (2009, p. 46), o devedor entregava seus bens aos credores como forma de saldar sua dívida, de forma total ou parcial. O Direito Italiano, em consonância, editou o Código do Comércio em 1882 e também trouxe a concordata.

De acordo com Perin (2004, p. 26), nesta época existiam dois entendimentos sobre o instituto da falência. O Sistema Franco Italiano entendia que as leis conferiam à falência um caráter exclusivamente comercial, enquanto o Sistema Anglo Saxônico não diferenciava o alcance da falência, estendo-a a todo e qualquer devedor.

2.5 O direito falimentar e recuperacional no Brasil

Ao mesmo tempo, começa a evolução histórica do direito falimentar e recuperacional no que tange ao ordenamento nacional. Não há como introduzir o histórico brasileiro sem mencionar a gênese do direito comercial no país, qual seja, as Ordenações Filipinas de 1603, de acordo com Domingos (2009, p. 54), editada em 08 de março de 1595 e promulgada por Filipe III da Espanha. Esta Lei, a partir de 1603 consagrou pela primeira vez a quebra dos comerciantes, onde segundo Amador Paes de Almeida (2012, p. 31), ocorria a distinção nítida entre “mercadores ‘que se levantaram com fazenda alheia’ e os que caíssem ‘em pobreza sem culpa sua’”. Os primeiros eram equiparados aos ladrões públicos e se tornavam inabilitados para exercer seu ofício, além de cumprir penas severas que podiam chegar a morte. Os segundos poderiam, no entanto, compor-se aos credores, e por não agirem com dolo, tinham os autos remetidos ao Prior e Cônsules que procuravam acertar suas contas junto aos credores.

Em 13 de novembro de 1756, com o Alvará desta data, promulgado por Marquês de Pombal, um novo processo de falência, considerado por Amador Paes de Almeida (2012, p. 32) “originalíssimo e autêntico”, foi instaurado no país. Sua aplicação era restringida aos comerciantes, mercadores e homens de negócio. O

devedor falido tinha o dever de se apresentar perante à Junta de Comércio e jurar a verdadeira causa de sua falência. Era imposto também que fossem entregues as chaves de seus imóveis comerciais, a declaração que contivesse a relação de todos seus bens móveis e a entrega do Livro Diário (que constava o lançamento de toda as mercadorias e suas discriminações) (ALMEIDA, 2012, p. 32). Os credores eram convocados por meio de edital após ser realizado o inventário. Ressalta-se aqui a preocupação com o falido: cerca de 10% do produto da arrecadação era destinado ao seu sustento e de sua família. Se a falência fosse fraudulenta, o falido era preso e processado no âmbito penal.

Alguns anos depois, adveio o Código Comercial Brasileiro de 1850, editado pela Lei nº 556 de 25 de junho de 1850, considerado um “extraordinário diploma legal para a época, que regulou minuciosamente as quebras e concordatas”, segundo Domingos (2009, p. 55), na Parte Terceira do Código. Sobre ela, o autor comenta:

O inusitado Código Comercial do Império do Brasil de 1850 previa uma única modalidade de concordata, que se assemelha à concordata preventiva, contemplada pelo revogado Decreto-lei nº , de 21 de junho de 1945. Esta modalidade estava inserida no Artigo 842, que detinha a seguinte redação, a saber: “ultimada a instrução do processo da quebra o Juiz comissário, dentro de oito dias, fará chamar os credores do falido para em dia e hora, e na sua presença se reunirem, a fim de se verificarem os créditos, se deliberar sobre a concordata, quando o falido a proponha, ou se formar o contrato de união, e se proceder à nomeação de administradores.

Ademais, a concordata não poderia ser concedida caso o falido fosse julgado por culpa ou fraude, conforme Artigo 848 do prefalado códex.

Essa legislação, porém, fora considerada inadequada às condições comerciais brasileiras. Sobre a insatisfação jurídica com a Lei, Perin (2004, p. 28) explana:

O Código Comercial brasileiro instituiu um processo falimentar lento e complicado, que importava sempre na ruína do devedor e no sacrifício de seus credores.

Isso ocorreu considerando-se vários fatores, mas principalmente pela excessiva importância dada aos interesses dos credores.

Os juristas também criticavam o Código Comercial por conceder demasiada autonomia aos credores, na organização falimentar, restando ao juiz apenas o papel de homologar as decisões dos credores, tomadas nas assembleias-gerais.

Nesse sentido, o art. 898 do Código Comercial condicionava a concessão da moratória à concordância de dois terços dos credores quirografários, com ampla liberdade para, inclusive, decidirem sobre a decretação da falência.

De acordo com Amador Paes de Almeida (2012, p. 317), a primeira concordata do direito brasileiro foi a concordata suspensiva. Esse instituto era concedido no começo do processo falimentar, possibilitando ao falido a livre administração de seus bens. Dizia o art. 847 do Código Comercial que para essa modalidade de concordata ser válida, era necessário que fosse concedida por um número de credores que representasse pelo menos a maioria destes, e dois terços no valor de todos os créditos sujeitos aos efeitos da concordata. Desta forma, a concordata dependia de prévia aprovação dos credores, ressaltando-se a não concessão àqueles devedores julgados com culpa ou fraudulentos (ALMEIDA, 2012, p. 317).

Ao mesmo tempo da concordata suspensiva, a moratória era concedida ao comerciante que provasse sua impossibilidade de satisfazer as obrigações que houvesse contraído devido a acidentes extraordinários imprevistos ou de força maior (ALMEIDA, 2012, p. 317). Essa era a possibilidade de o devedor ter uma dilação de prazo para saldar suas dívidas, sendo este 03 (três) anos.

Esta legislação, porém, foi inteiramente revogada pelo Decreto nº 917 de 24 de novembro (Perin [2009, p. 28] afirma ser de outubro) de 1890, de acordo com Amador Paes de Almeida (2012, p. 32). Este decreto, elaborado com base na Lei suíça, alavancou o desenvolvimento do Direito Falimentar no Brasil. Não era livre de defeitos, conforme pontua Perin (2004, p. 29), mas trouxe, conforme leciona Domingos (2009, p. 59), a figura do “acordo extrajudicial ou concordata extrajudicial”, que segundo ele tinha o mesmo papel da concordata preventiva – o devedor devidamente registrado poderia fazer um acordo extrajudicial com seus credores que representassem $\frac{3}{4}$ (três quartos) do total do passivo e requerer a homologação deste pelo juiz, desde que o fizesse antes do protesto por falta de pagamento, impedindo-se assim que este fosse declarado falido.

Advindo a edição da Lei n. 859 de 1902, juntou-se a finalidade de acabar com a fraude existente no período anterior. De acordo com Perin (2004, p. 29), o objetivo consistia em acabar com os abusos, principalmente os relativos às moratórias – apesar de não o ter atingido com sucesso. A moratória e a cessão de bens, no entanto, foram abolidas, dando lugar ao surgimento da Lei n. 2.024 de 1908 regulando a concordata suspensiva e preventiva da falência.

Conforme Roberto Barcellos de Magalhães (1956, p. 25) apud Domingos (2009, p. 59) “só com a lei n. 2.024, de 1908, o instituto tomou forma regular, seguindo-lhes o Decreto n. 5.746, de 1929, que veio corrigir principal defeito desse último diploma, referente ao processo de verificação da legitimidade dos créditos”.

Revogada a Lei n. 2.024 em 21 de junho de 1945 com a promulgação do Decreto n. 7.661, este último permaneceu em vigor até 2005. Segundo Machado (2007, p. 22), esse decreto foi “fruto de um bem elaborado trabalho desenvolvido pelo comercialista Trajano Miranda Valverde”. Machado explica (2007, p. 22):

Essa norma deu relevo aos institutos da falência, com previsão da continuação do negócio por parte do falido, e da concordata (preventiva e suspensiva), como um favor legal ao comerciante, desde que obedecidos os requisitos fixados no citado decreto-lei. Na falência, todos os credores se sujeitam aos seus efeitos – é o denominado “juízo universal”. Na concordata, apenas os credores quirografários a ela se submetem.

De acordo com Machado, ainda que esses institutos tentassem proporcionar à empresa sua recuperação, com o cenário econômico nacional instável e a economia mundial que passava por constantes mudanças, o resultado inevitável era totalmente o oposto. Cada vez mais empresas extinguíam-se devido a junção crucial desses fatores. Machado (2007, p. 22) pontua:

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

Percebe-se à época, que ainda era preciso que ocorressem uma série de reformas estruturais. Perin (2004, p. 31) afirma era necessária uma atualização e reorganização econômica da empresa e sua manutenção no meio social, para que “assim, o instituto da falência, deixaria de ser um mero meio de liquidação com o encerramento das atividades da empresa” (PERIN, 2004, p. 31).

Necessitando-se de uma efetiva reforma legislativa com motivos de interesse nacional principalmente, Machado (2007, p. 23) explica que foi instaurada na década de 90 do século XX, no Ministério da Justiça, uma Comissão para formular o projeto de Reforma da então Lei de Falências.

Segundo Machado (2007, p. 23), o projeto de reforma foi enviado a diversas entidades para que estas estudassem, analisassem e sugerissem as mudanças que seriam necessárias. Machado (2007, p. 23) nos conta que o IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo – recebeu um ofício em 09 de maio de 1991, que requisitava sua oitiva acerca do anteprojeto de reforma da Lei de Falências, determinando que fosse criada uma Comissão para que esses estudos fossem apresentados ao Ministério da Justiça. Formou-se então a Comissão “ROGER DE CARVALHO MANGE”.

Essa comissão foi liderada por diversos membros do IASP, outros membros colaboradores, advogados especializados em direito falimentar, e diversos juristas. A importância dessa Comissão é exaltada por Machado (2007, p. 23):

Essa comissão, após exaustivos trabalhos, examinando, ponto a ponto, a minuta ministerial, houve por bem elaborar um outro anteprojeto, em que, expressamente, foi, pela primeira vez, introduzida a proposta, em um projeto de lei, para se tornar norma positiva, de criação do instituto da **recuperação da empresa**. [Grifo do autor]

Esse anteprojeto continha 172 artigos, mantendo a essência do instituto concordata, mas priorizando o nome “Recuperação da Empresa”, segundo Machado (2007, p. 24), que ainda confirma o interesse dessa Comissão em propor que a recuperação poderia ser requerida em qualquer fase processual da falência ou concordata, bastando que fosse demonstrada a conveniência e viabilidade econômica da empresa. Esse projeto, datado em 26 de setembro de 1991, “teve por objetivo

mostrar os caminhos, inclusive processuais, para a busca efetiva da manutenção da empresa, como fonte geradora de bens e produtos” (MACHADO, 2007, p. 24).

Formuladas essas importantes alterações pelo IASP, o anteprojeto original do Ministério da Justiça sofreu alterações e chegando à Câmara Federal, transformou-se no Projeto de Lei n. 4.374 de 1993. Aqui, ele teve como Relator o deputado Osvaldo Biolchi, que teve extremo cuidado em emitir seu parecer, procurando respaldo para proferir sua decisão em diversas consultas e visitas a órgãos especializados no assunto.

Machado (2007, p. 24) expõe que após anos de estudos e debates, o projeto passou por diversas Comissões da Câmara, e o Relator apresentou seu Relatório aprovado pelo Plenário, remetido ao Senado e tomado número de Projeto de Lei n. 71. Passou também por todas as Comissões do Senado, onde recebeu o Senador Ramez Tebet como Relator na Comissão de Assuntos Econômicos, que Machado (2007, p. 25) comenta:

O Senador Ramez Tebet apresentou um extenso Relatório, de mais de uma centena de páginas, de profundo conteúdo jurídico e econômico, remodelando o Projeto, mas mantendo a espinha central do instituto da recuperação de empresas. Este trabalho jurídico do Senador Ramez Tebet, por certo, servirá de base e norte aos futuros exegetas da Lei, por seu substancial conteúdo.

Neste relatório denominado Parecer n. 534, de 2004, relatado por Ramez Tebet, foram elucidados 12 princípios adotados na análise do Projeto de Lei n. 71 de 2003, quais sejam: preservação da empresa, separação dos conceitos de empresa e empresário, recuperação das sociedades e empresários recuperáveis, retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis, proteção aos trabalhadores, redução do custo do crédito no Brasil, celeridade e eficiência dos processos judiciais, segurança jurídica, participação ativa dos credores, maximização do valor dos ativos do falido, desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte e rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial.

Este projeto foi aprovado na sessão plenária do Senado em 06 de julho de 2004, retornando à Câmara Federal em 12 de julho de 2004, sendo determinada uma Comissão Especial para exame final do projeto.

Importante mencionar que há neste momento uma maior preocupação com a função social da empresa diante da sociedade, onde o novo Direito Concursal contribui para a efetivação desse princípio (PERIN, 2004, p. 29).

Em 14 dezembro de 2004, foi aprovada na sessão plenária da Câmara Federal, a redação final do Projeto oferecida pelo Relator Deputado Osvaldo Biolchi, sendo encaminhado para sanção do Presidente da República, sendo este realizado na figura de Luiz Inácio Lula da Silva em 09 de fevereiro de 2005, transformando-se na atual Lei em vigor no ordenamento jurídico, a Lei n. 11.101.

Surge no nosso ordenamento jurídico, as figuras que servem de base para este trabalho: a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial.

2.6 Principais evoluções legislativas

Após cerca de 12 (doze) anos de tramitação no Congresso Nacional, a Lei de Recuperação de Empresas e Falência em vigor no país em 09 de fevereiro de 2005, depois de cinco substitutivos e 480 emendas.

É importante notar que está contida na nova Lei uma importante mudança substancial nos efeitos da insolvência. De acordo com Vasconcelos (2008, p. 122), a Lei Falimentar de 1945 possuía caráter sancionatório, punindo o empresário e também sua empresa, que era fechada e lacrada. Este comportamento levava a empresa à deterioração de seus ativos – que eram transformados em carcaça até preceder sua venda judicial – e ao cancelamento de todos seus empregados, bem como de toda atividade profissional dos terceiros que dependiam desta empresa. Vasconcelos (2008, p. 123) aponta:

O caráter draconiano da antiga lei, que se viu encerrada nos quase 60 anos completos de sua aplicação, destruiu empresas de maior importância para o país, pois o instituto da concordata não se adequava à realidade das rápidas relações comerciais, não fazendo sequer a separação entre a culpa do empresário e a sobrevivência da empresa, esquecendo-se que esta não

comete presumíveis crimes falimentares eventualmente atribuíveis aos seus donos.

A antiga Lei Falimentar era rebuscada e portava-se de maneira medieval e patrimonialista, pouco importando o valor dos intangíveis das empresas falidas, fazendo que estas, suas marcas e seu nome comercial desaparecessem. (VASCONCELOS, 2008, p. 123).

A Lei n.11.101/2005, por outro lado, além de buscar a preservação da empresa e a continuidade do negócio, trouxe princípios modernos, utilizados por países de economia pujante. Vasconcelos (2008, p. 123) explana que assim deve a nova Lei ser encarada dentro de um contexto diferente, não somente liquidatório, mas também como uma nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa.

Sob o efeito da antiga Lei, ainda que os Tribunais tentassem garantir a continuação dos negócios a fim de propiciar a realização da função social da empresa, o diploma legal assim não entoava, e a jurisprudência cada dia mais necessitava de uma mudança que o mercado desejava e precisava. Vasconcelos (2008, p. 124) explica que assim se mostrava a necessidade de uma mudança pois assim como qualquer instituição jurídica, o mercado deveria ter comportamentos previsíveis para garantir a eficiência alocativa do capital, já que o risco da atividade empresarial “deve residir na jogada do agente e não nas ‘regras do jogo’”. O autor resume:

Assim é que, não obstante sejam conhecidas as dificuldades para a execução das leis falimentares, uma vez que sofrem rápido desgaste em razão da prática de fraudes, o novo diploma falimentar foi capaz de abandonar vetustos conceitos para alcançar uma desejada evolução no processo. (VASCONCELOS, 2008, p. 124)

Com isso, se mostra acertada a alteração legislativa, que é notadamente influenciada por importantes conceitos do Direito Econômico, mostrando-se mais adequada aos princípios da execução coletiva e interesses da comunidade com uma continuidade de atividades produtivas envolvidas na quebra.

Diante das várias modificações trazidas pela Lei n. 11.101/05, a introdução dos institutos da recuperação judicial e extrajudicial de empresa, sob o

princípio da preservação da empresa em dificuldades econômicas, pode ser considerado uma das mais – se não a mais – importantes mudanças.

Pimenta (2006, p. 63) comenta o exemplo do art. 75, parágrafo único. O referido texto legal diz que o processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual. De mesmo modo, ao recuperar uma empresa, a celeridade expressamente consagrada pelo dispositivo legal ganha função de reduzir o tempo e o custo que os agentes econômicos envolvidos no procedimento recuperatório terão que gastar para ajustarem suas condutas. Dessa maneira, a função da Lei é retirar todos os obstáculos possíveis à livre transação entre os interessados para que “se enxerguem na manutenção da atividade produtiva a maximização de seus interesses privados”, para realiza-los de maneira mais eficiente possível. (PIMENTA, 2006, p. 63).

Além desse dispositivo, vários outros são lembrados por Pimenta como merecedores de elogios na nova Lei. Comentaremos alguns a seguir.

O incentivo a acordos extrajudiciais pré-falimentares, previsto nos arts. 161 a 167, deve ser destacado como inovação positiva, pois diante do caráter patrimonial da empresa, deve ser aberto às partes envolvidas (credores, trabalhadores e empresário) a possibilidade de fixarem-se alternativas à falência (PIMENTA, 2006, p. 63).

Destarte, o incentivo ao uso de modos de reorganização societária como formas de absorção do organismo econômico em dificuldades (fusão, cisão, incorporação, alienação de controle ou desapropriação do capital social), é satisfativo ao tomar providências possíveis de serem empregadas na tentativa da retomada da empresa (PIMENTA, 2006, p. 64).

A previsão de organismos extrajudiciais especializados em acompanhar empresas em recuperação é vista como melhoramento neste aspecto, posto que a partir de então, profissionais ligados à Administração, Direito, Economia e Contabilidade fornecerão mão-de-obra qualificada para acompanhar a administração da recuperação, sempre sob o olhar do Poder Judiciário e dos próprios credores. (PIMENTA, 2006, p. 65).

A atenção mais cautelosa com os interesses e vontades dos credores e do empresário na recuperação da empresa também é outro ponto positivo que merece destaque. De acordo com Pimenta (2006, p. 65), o crédito é elemento fundamental para o bom funcionamento da empresa. Para o credor, a entrada do pedido de recuperação de uma empresa, significa que seus créditos serão sacrificados, de modo que este comece a agir de maneira a se proteger para que perca o menos possível. Com isso, é de suma importância a submissão do plano de recuperação da empresa à Assembleia-Geral de Credores (art. 35, “a”, da Lei n. 11.101/2005), que decidirá sobre sua aprovação. O consentimento dos credores e a obtenção de novos financiamentos para os empresários se mostram páreo a páreo na escala de importância.

Por último, caso o devedor opte pela recuperação na modalidade judicial, destaca-se a necessidade de elaboração de um plano de recuperação da empresa em dificuldade econômico-financeira. Assim, será demonstrado nos autos a viabilidade sob os pontos de vista econômico e gerencial. De acordo com Pimenta (2006, p. 67), mecanismos rígidos para a apuração da viabilidade e também das estratégias para superar a crise, são requisitos a serem analisados no plano de recuperação. Dessa maneira, um instrumento eficiente para analisar a viabilidade econômica da empresa é o principal subsídio dos credores na hora de avaliar a solução dada à crise financeira da empresa (PIMENTA, 2006, p. 67).

É importante concluir ressaltando que, em razão das profundas diferenças entre o Decreto-lei n. 7.661/45 e a Lei n. 11.101/2005, é impossível que se afaste os critérios objetivos que as diferenciam, onde a possível alteração no direito material causa problemas ligados à segurança jurídica. Portanto, de acordo com a doutrina, a apontar principalmente o autor Waldo Fazzio Júnior (2010, p. 22), as normas do Decreto-lei n. 7661/45 continuam em vigor para aplicar-se aos processos de concordata preventiva, concordata suspensiva e falência, que estiverem em curso no dia anterior ao início da vigência da Lei n. 11.101/2005, afirmando assim também o art. 192 da LFRE.

Diante das considerações acerca do histórico e evolução legislativa, é necessário tecer a partir de agora informações gerais para a se entender a efetividade da recuperação de empresas.

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE ATIVIDADE EMPRESARIAL – O AGENTE DEVEDOR

As empresas, de modo geral, são pessoas jurídicas de direito público ou privado, que derivam da necessidade de desenvolvimento econômico e social inerente ao ser humano. Mais especificamente, as empresas de direito privado têm por objetivo principal a satisfação do consumo de produtos e/ou serviços de uma certa população, seguindo padrões socioeconômicos e com intenção de lucro.

Apesar dessa intensa troca entre consumidor e sociedade empresária, alguns fatores internos e externos podem acarretar na crise desta, que pode ter a oportunidade de se recuperar, ou em último caso, falir.

É necessário conhecer a atividade empresarial, sua origem com base nas teorias propostas tanto pela LFRE quanto pelo Código Civil, o que é a empresa e quem é o empresário para entender quais serão abrangidos e excluídos pela LFRE.

3.1 Teoria dos Atos do Comércio

Para considerar-se o sistema de falência e recuperação judicial brasileiro, antes é necessário tecer algumas informações acerca da incidência da lei. A Lei n. 11.101, editada em 09 de fevereiro de 2005, se aplica à execução concursal do devedor e aos meios de recuperação judicial e extrajudicial.

Abarcada por esta Lei, encontramos a Teoria da Empresa, que vem de maneira a renovar o sistema vigente, o qual denominava-se Teoria dos Atos do Comércio. Para isto, é necessário conhecer um pouco mais sobre este sistema importante que fora abraçado pelo Código Comercial de 1850.

A base usada na Teoria dos Atos do Comércio para se distinguir o empresário dos demais era a atividade explorada pelo comerciante. Primeiro, eram distinguidos os atos em civis ou comerciais, e se classificados como o segundo grupo, seu agente era definido como comerciante. Ricardo Negrão (2014, p. 22) cometa:

O sistema francês centrava-se no conceito objetivo de comerciante – aquele que pratica atos de comércio com habitualidade e profissionalidade. A distinção entre atos de comércio e atos puramente civis mostrava-se de suma importância, sobretudo para permitir, ou não, a proteção da legislação comercial e, ainda, para fixar a competência judicial da matéria discutida pelos litigantes em juízo.

A lista dos “atos de comércio” não foi regulamentada pelo então Código Comercial, mas sim pelo Regulamento n. 737/1850, que trazia expressamente quais atos eram considerados como tal. Podemos citar a título de exemplificação as operações de câmbio, atividades bancárias, compra, venda ou troca de bens, transporte de mercadorias, operações de seguro, fretamentos, corretagem, entre outros. Segundo Proença (2007, p. 59), eram submetidos às regras comerciais aqueles que praticassem algum ato considerado “de comércio” com habitualidade, profissionalismo e objetivando lucro, como era disposto pelo Código Comercial de 1850 em seu artigo 4º:

Art. 4º. Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual.

Este regulamento foi revogado em 1875 e ainda que não estivesse mais em vigor, ainda a Teoria dos Atos do Comércio foi bastante respeitada no país durante certo tempo, porquanto nela constavam as definições jurídicas do comerciante e a quem se aplicavam os direitos e deveres elencados no Código Comercial. Em sua obra, Rubens Requião (2003, p. 35/36) apud Proença (2007, p. 59) acrescenta:

O estudo dos atos do comércio não era destituído de interesse prático no direito comercial brasileiro. Podia não apresentar a importância de que se revestia, como em outros países, de que a França seria um exemplo, onde a permanência dos Tribunais do Comércio, conseqüente da especialização da jurisdição comercial, impõe atenção para o conceito diferencial entre o ato de comércio e o ato civil, para determinação da competência. Esse problema de competência jurisdicional deixou de existir, no Brasil, desde 1875, quando pelo Decreto Imperial n. 2662, foram extintos os Tribunais do Comércio, instalando-se definitivamente, a unidade de nosso direito processual. O problema relativo aos atos de comércio, em decorrência, deixou de ser agudo. Permanecia, todavia, esse interesse, embora amesquinçado, em função da aplicação dos princípios e prazos de prescrição, capitulados nos

arts. 441 a 456 do Código Comercial. Temos a considerar, ainda, que, em face da antiga dicotomia do direito privado brasileiro, em diversas oportunidades, o intérprete deve descer à indagação da comercialidade da prática de alguns atos realizados em massa, para definir como mercantil determinada profissão ou sociedade, a fim de lhe conceder, ou negar, certos direitos ou privilégios, de que são exemplos, o instituto da falência, da concordata preventiva, da proteção ao fundo de comércio pela manutenção do 'ponto' (arts. 51 a 57 da Lei n. 8./245/de 18-10-1991). Ora, além do mais, para qualificarmos uma pessoa como comerciante, necessitávamos perquirir se se dedicava profissionalmente à mercancia (Cód. Com., art. 4º), cujo conceito decorre da prática de diversos atos de comércio enumerados no art. 19 do velho Regulamento n. 737, de 1850.

Esse sistema era demasiadamente defasado, posto que a atividade agrícola, por exemplo, era tratada como uma atividade civil, mostrando o atraso da época em diferenciar a atividade empresarial da civil.

3.2 Teoria da Empresa

Com o advento do Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o atual Código Civil, passou-se a adotar uma nova base, chamada de Teoria da Empresa, no qual a atividade empresarial é analisada sob a ótica de sua estrutura. Proença (2007, p. 60) afirma que apesar de esta teoria só vir à tona com o novo Código Civil, ela já estava sendo aplicada pela doutrina e jurisprudência, que já viam a Teoria dos Atos do Comércio como defasada e assim a flexibilizavam, de acordo com a evolução no comércio mundial.

A Teoria da Empresa nasceu na Itália em 1942 com a promulgação do *Codice Civile*, e teve como objetivo evoluir os conceitos trazidos pela Teoria dos Atos do Comércio. O foco passa a ser a identificação do empresário, não se levando em conta se a atividade era considerada um ato do comércio ou não. Proença (2007, p. 61) afirma que “a empresa é conceituada como atividade econômica organizada, para a produção ou circulação de bens ou serviços, exercida profissionalmente, pelo empresário, por meio de um estabelecimento empresarial”. Também Coelho (2011, p. 45) destaca a empresa como:

[...] atividade, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados estes mediante a

organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia). Esse modo de conceituar empresa, em torno de uma peculiar atividade, embora não seja totalmente isento de imprecisões, é corrente hoje em dia entre os doutrinadores.

Tanto Proença (2007, p. 61) quanto Coelho (2011, p. 46) citam o jurista italiano Alberto Asquini. Ambos informam que o conceito de empresa deriva das lições de Asquini, que em sua obra “Perfis da empresa”, traduzida por Comparato, define a empresa como um fenômeno econômico poliédrico e que dependeria o seu conceito de acordo com o perfil que a empresa seguisse, que poderiam ser quatro: subjetivo, funcional, patrimonial e corporativo.

De acordo com Coelho, Asquini vê no perfil subjetivo, a empresa tratando-se do empresário em si, como aquele que exerce a atividade autônoma de caráter organizativo e assumindo os riscos (2011, p. 47). Pelo segundo perfil, a funcionalidade refere-se a própria atividade da empresa, sendo sinônimo de empreendimento. O terceiro perfil é chamado de patrimonial, já que corresponde ao patrimônio aziendale ou estabelecimento, sendo o elemento objetivo, onde se identifica a empresa informalmente com o local em que a atividade econômica é explorada. O quarto e último perfil, denominado corporativo, está ligado ao conceito de instituição, onde reúnem-se empresário e empregados com um propósito comum.

Percebemos que, apesar de ter encontrado amplo apoio pela doutrina, apenas um dos perfis de Asquini representa o conceito jurídico próprio da empresa. Estamos falando do perfil funcional, que junto com a evolução da Teoria da Empresa ofuscou os demais perfis e concentrou nele o conceito mais apropriado. Coelho (2011, p. 50) comenta:

Na verdade, no direito brasileiro, “empresa” deve forçosamente ser definida como atividade, uma vez que há conceitos legais próprios para empresário (CC, art. 966) e estabelecimento (CC, art. 1.142). Estas faces do poliédrico fenômeno descrito por Asquini, entre nós, devem ser adequadamente referidas pelos termos que o legislador a elas reservou. Ademias, como deflui do conceito legal de empresário empresa só pode ser entendida mesmo como uma atividade revestida de duas características singulares: é econômica e é organizada.

Proença (2007, p. 61) também comenta em sua obra que este critério funcional serviu de parâmetro para todos os atos normativos que regem a atividade empresarial, inclusive o Código Civil de 2002.

3.3 Empresa e atividade empresarial

Colocadas as primeiras informações, percebemos que a definição do que é empresa não pode ser encontrada além do que preceitua a doutrina. O legislador, porém, define o conceito de empresário. “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços”, de acordo com o art. 966, caput, do Código Civil.

Entendemos assim ser a empresa uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Quando falamos em atividade, porém, estamos englobando uma série coordenadas de atos contínuos, que, elaborados de certa maneira e de certo tempo e quantidade, visam um fim produtivo.

A empresa não se confunde com quem a exerce e nem com o local em que é explorada; o primeiro, é o empresário, sendo pessoa física ou jurídica, enquanto o segundo é chamado de estabelecimento empresarial.

Quanto às suas características, a atividade empresarial é econômica porque ao exercer sua atividade, há a geração de lucros para quem a explora, criando-se riquezas. Mostra-se assim, que aquela atividade que não vise lucro, não é considerada empresarial. De mesmo modo, a organização da atividade consegue diferenci-la quanto a sua projeção empresarial ou civil. A organização, segundo Coelho (2011, p. 55) está no sentido de que, apostando na nova Teoria da Empresa, de origem italiana, o critério de identificação mostra-se como a junção dos fatores de produção: capital, trabalho, insumos e tecnologia. A produção de bens e serviços se destina a fabricação de produtos ou mercadorias ou prestação de serviços. A circulação de bens e serviços, por sua vez, promove a interação entre o produto e seu comércio, bem como da prestação de serviços com seu consumidor final.

O Código Civil Brasileiro, em seu Segundo Livro, dedica-se a elaborar o Direito de Empresa dos artigos 966 ao 1.195. Encontram-se no texto as disposições

acerca dos empresários, sociedades simples e empresárias, ao estabelecimento empresarial e institutos complementares.

O autor Proença (2007, p. 62) consegue observar que o campo de abrangência da matéria comercial e/ou empresarial foi amplamente expandido com o Código Civil e sua adoção da Teoria da Empresa. Percebemos, como comentado acima, que passou a atividade empresarial abranger uma série de atividades que antes eram deixadas de lado pela Teoria dos Atos do Comércio.

3.4 Os incluídos e excluídos pela Lei 11.101/2005

A Lei n.11.101/2005, em comento dispõe em seus artigos 1º e 2º o campo de sua aplicação da seguinte forma:

Art. 1º. Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

Art. 2º. Esta Lei não se aplica a:

I – empresa pública e sociedade de economia mista;

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

Vê-se que o legislador de maneira clara destina a Lei de Recuperação de Empresas e Falência aos empresários individuais ou sociedades empresárias, excluindo-se os enumerados no artigo 2º e também os que promovam atividade que não seja de cunho empresarial (associações, sociedades simples, etc.).

Com a análise do artigo 1º, vemos que a Lei é dirigida aos empresários e sociedades empresárias, chamados por ela de devedores. Os agentes econômicos civis, também pela reflexão de Maria Gabriela Gonçalves (2010, p. 10), que não formam nem o primeiro nem o segundo grupo acima citado, submetem-se assim ao regime do Código de Processo Civil no que tange a sua insolvência. A autoria cita como exemplo, a atividade desempenhada por uma senhora que fabrica e vende

doces caseiros (GONÇALVES, 2010, p. 12). Ela não é considerada empresária por não contar com nenhum tipo de auxílio, sendo esta uma característica essencial do empresário, como visto acima.

Também temos o caso da pessoa jurídica que exerce uma atividade civil, sendo esta chamada de sociedade simples, conforme art. 982 do Código Civil. Conjuntamente com o exemplo acima, não é considerada empresária, sujeitando-se as normas próprias dispostas nos arts. 997 a 1.038 do Código Civil.

O art. 966 do Código Civil, em seu parágrafo único exclui da concepção de empresário os profissionais liberais como advogados, médicos, dentistas, artistas, músicos, etc. Ao lado destes, também estão os produtores rurais que não estiverem registrados na Junta Comercial – aqui, é comum que somente grandes produtores rurais do ramo de agronegócios estejam registrados, fazendo com que os que desenvolvem a chamada agricultura de subsistência ou até pequenos agricultores estejam excluídos do regime falimentar. Se encontram ainda neste grupo as atividades desenvolvidas pelas cooperativas, sendo estas consideradas sociedades simples pelo art. 982 do Código Civil. Maria Gabriela Gonçalves (2010, p. 14) resume:

Assim, encerrando a compreensão do art. 1º da Nova Lei Falimentar, verifica-se que pessoas físicas ou jurídicas que desenvolvem atividade meramente civil (não empresarial), dentre elas os produtores rurais não registrados na Junta Comercial, aqueles que exercem profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa, as sociedades simples e as cooperativas, não se submetem a essa nova legislação, estando sujeitas ao regime concursal previsto no Código de Processo Civil.

Quanto ao art. 2º, temos as exclusões feitas pela Lei. Estão excluídas as instituições financeiras (Lei n. 6.024/74), as cooperativas (Lei n. 5.764/71), os consórcios (Lei n. 6.404/76), as entidades de previdência complementar (Lei Complementar n. 109/2001), as sociedades operadoras de planos de assistência à saúde (Lei n. 9.656/98) e as sociedades seguradoras (Decreto-Lei n. 73/66), com a justificativa do legislador de “se tratarem de atividades específicas e de relevante interesse social e econômico, sendo-lhes aplicáveis leis especiais”, conforme mostra Maria Gabriela Gonçalves (2010, p. 15).

Cabe aqui deixar uma crítica no tocante a esses dois artigos. Conforme visto, os que não se enquadram no art. 1º ou que estão excluídos pelo art. 2º não gozam das prerrogativas que se encontram na referida Lei, ou seja, não passam pelo processo de falência e não podem valer-se da recuperação judicial de empresas. Ao adotar um olhar geral, enquadrando-se a empresa como fonte produtora de riquezas, emprego e produtos e serviços, percebemos que houve um desinteresse legislativo no que se refere as atividades excluídas, que nos parece deixadas de lado equivocadamente pela abrangência da Lei.

A pergunta que Proença (2007, p. 64) tenta responder é: porque os não empresários, que também representam uma grande parcela do grupo dos agentes econômicos, são excluídos da possibilidade de requerer a recuperação de sua atividade através da Lei Falimentar, diante de uma crise econômico-financeira? A crítica que se deixa, seguindo o também pensamento do autor acima, é de que os objetivos propostos pela Lei e os princípios que a norteia, foram esquecidos e não parecem condizente com os dois artigos em questão, não proporcionando a efetividade que Lei se propõe a realizar.

O Senado Federal justifica dizendo (texto extraído da obra de José Marcelo Martins Proença, 2007, p. 64):

Vê-se, portanto, que, muito embora o art.1º do PLC n. 71, de 2003, preveja a aplicação do regime de falência e de recuperação para as sociedades simples, seu parágrafo único exclui a grande maioria delas, especialmente quando menciona os profissionais liberais e suas sociedades. Dessa forma, parece mais adequado, a fim de evitar interpretações equivocadas, aproveitar a definição do Código Civil, que é mais precisa, para restringir os regimes disciplinados na lei aos empresários e às sociedades empresárias.

Percebemos que embora o Senado Federal tente justificar a escolha dos não abrangidos pela Lei, nos parece que não é plausível o argumento trazido de que estão estas abrangidas pelo Código Civil. Se um dos nortes da Lei foi buscar a preservação de empresa, posto que esta detém enorme importância econômica no cenário do país, excluir sociedades simples, por exemplo – que muitas vezes movimentam milhões – parece contradizer o que a própria Lei preconiza. Assim também pensa Proença (2007, p. 64) que dispõe:

Ao contrário da justificativa do Senado, entendemos que, como um dos objetivos da Legislação é a preservação da atividade produtiva, ele deve, em razão de sua função social, sempre que possível, ser buscado, por ser gerador de riqueza econômica, de emprego e de renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento econômico e social do País. A extinção da empresa (como atividade produtiva, e não pela natureza da atividade) provoca a perda do agregado econômico, representada pelos chamados intangíveis, com nome, reputação, *know-how*, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros.

Ainda, Proença (2007, p. 65) comenta ser totalmente inequívoco fazer a exclusão da sociedade simples, cooperativas e tantos outros agentes econômicos não empresários das prerrogativas da Lei de Recuperação de Empresas e Falência. O autor garante que a Lei que preconiza a preservação da empresa, a manutenção das fontes produtoras e dos postos de trabalho, deveria também abranger qualquer atividade, sendo ela empresária ou não.

A redação final do Projeto de Lei n. 4.376/E, de 1993, segundo Proença (2007, p. 65), trazia em seu artigo 1º a possibilidade da sociedade simples participar do processo recuperacional judicial e/ou extrajudicial e falimentar. O autor mostra sua indignação, compartilhada aqui, de que as sociedades simples ou até mesmo os não empresários, sendo agentes econômicos que movimentam o mercado nacional, “não nos parece razoável serem eles excluídos da possibilidade de proteção de sua atividade”.

Essa discussão é antiga, e Carlos Castex Filho apud Proença (2007, p. 66), em seu artigo “Da Extensibilidade da Fallencia aos não Comerciantes”, publicado originalmente em 1913, defende que restringir os efeitos do instituto da falência aos comerciantes sob argumento de serem este destinado iminentemente aos comerciais é absurdo, e completa:

[...] é um anachronismo, é uma injustiça clamorosa, quando é certo que as mesmas necessidades econômicas e as mesmas formas jurídicas penetram o direito civil e o direito commercial, confundindo tão intimamente as relações de um e de outro, a ponto de não se poder distinguir o commerciante do não commerciante; quando é certo que identificar na desventura os credores do commerciante e entrar os credores do insolvente civil ao agoistico principio – ‘vigilantibus jura subveniunt’ –, é contradictar, como diz Saldanha, a homogeneidade natural da vida moderna, é banir do campo civil a grande lei da solidariedade. [...]

Hoje, todos especulam, lançam mão do crédito, seja pela febre do ganho, seja pelo desejo de melhorar rapidamente a condição econômica. São advogados, médicos, engenheiros, proprietários: a sua etiqueta é puramente civil, mas na verdade vivem no commercio e 'agiscono da commerciante, sinché gli affati vanno bene, salvo ad invocare la loro qualità ufficiale quando, al primo rovescio si vendono nell'impossibilità di far fonte ai propri impegni'... Mas, si por esse lado, a injustiça é grande, maior ainda ella se torna, quando, sem a fallencia, priva o devedor civil do beneficio da concordata que por um odioso privilegio, constitue instituto exclusivo do commercio. ...O direito positivo é injusto sob um duplo aspecto; parece que pretende estabelecer um equilibrio, uma recompensa, eximindo o civil da fallencia, mas privando-o da concordata, quando é justamente nessa pretensa justiça que vamos buscar a necessidade premente da extensibilidade da fallencia aos não comerciantes, porque, por um lado, colhe-se o devedor velhaco nas malhas da fallencia, e, por outro lado, preserva-se o devedor honesto.

Diversos juristas, doutrinadores e operadores do direito seguem o mesmo pensamento crítico que se fez acima. Em 23 de novembro de 2005, o Deputado Medeiros, do PL-SP, apresentou o Projeto de Lei n. 6.230/2005, que propunha incluir no artigo 1º da Lei n. 11.101/2005 os sujeitos não empresários. A redação seria alterada para disciplinar: "Art. 1º Esta lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência das pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, empresárias ou não, doravante referidas simplesmente como devedores". Como justificativa, na apresentação do Projeto de Lei, o deputado destaca seu objetivo:

Após a longa tramitação do PL nº 4.376/93, que veio a se converter, decorridos mais de onze anos, na nova Lei de Recuperação e Falência de Empresas no Brasil – a Lei nº 11.101, publicada em 9 de fevereiro último, nos sentimos na obrigação de apresentar esta proposição, com o intuito de preencher uma importante lacuna que, infelizmente, persistiu na nova lei, qual seja, a unificação da insolvência civil e da falência, estendendo também os benefícios das recuperações judicial e extrajudicial aos devedores não-empresariais, incluindo as cooperativas.

Quanto às cooperativas, travamos uma luta intensa para vê-las contempladas no texto da nova lei, por ocasião de sua tramitação derradeira nesta Casa, todavia nossos argumentos, naquela oportunidade, talvez não tenham sensibilizado os ilustres Parlamentares a buscarem uma disciplina mais condizente com a importância e relevância desse setor cooperativista para a "indústria" do agronegócio e, conseqüentemente, para a economia nacional.

Apesar da importante tentativa de dar-se a devida importância a estes excluídos da recuperação judicial e assim atender aos princípios que a própria Lei tem

como norteadores, o Projeto de Lei 6230/2005 não teve apoio e foi arquivado na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados em 2007.

Comenta-se, por fim, que o disposto no art. 2º nada muda o sistema no qual o Estado reserva para si a autorização para funcionamento e fiscalização de certas atividades consideradas empresariais, para que assim haja um maior controle do crédito público e que os efeitos negativos sobre o sistema financeiro nacional e outras áreas de grande interesse não seja tão evasivo, como preceitua Proença (2007, p. 70).

Proença (2007, p. 71) destaca que no que tange às empresas públicas e sociedades de economia mista, estas apresentam enorme importância na economia brasileira, onde concorrem diretamente com empresas privadas, o que por si só já justificaria sua inclusão na Lei n. 11.101/05. Ainda, devemos recordar que a reforma de 2001 da Lei n. 10.303/2001, que trata das Sociedades Anônimas, garantia às empresas públicas e sociedades de economia mista a sujeição à falência. Nota-se claro o retrocesso da Lei n. 11.1001/2005 em assim excluí-las.

Ainda sobre o art. 2º, há uma tese defendida por diversos juristas sobre a possível inconstitucionalidade do artigo 2º, I, da Lei n. 11.101/05 numa interpretação sistemática com o artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que discorre sobre a sujeição das empresas públicas e das sociedades de economia mista ao regime jurídico próprio das empresas privadas inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Assim, o inciso I do art. 2º da Lei 11.101 estaria afrontando nossa Carta Magna. Até este momento, porém, o texto continua em vigor e em aplicação.

3.5 A Recuperação Especial da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte

Após mostrar os abrangidos e excluídos pela LFRE, é oportuno citar duas espécies de empresas que tem crescido no país. São as microempresas e empresas de pequeno porte.

De acordo com o SEBRAE, entidade privada sem fins lucrativos que oferece apoio às Micro e Pequenas Empresas, a Lei Complementar n. 123 de 14 de

dezembro de 2006, conhecida como Lei Geral das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, foi instituída em 2006 para regulamentar o disposto na Constituição Brasileira, que prevê o tratamento diferenciado e favorecido à microempresa e à empresa de pequeno porte.

A confecção da Lei foi realizada em conjunto com a sociedade civil, entidades empresariais, Poder Legislativo e Poder Executivo. As alterações e inclusões feitas nesta Lei tem o objetivo de contribuir para o desenvolvimento e a competitividade das microempresas e empresas de pequeno porte brasileiras, com estratégias de geração de emprego, distribuição de renda, inclusão social, redução da informalidade e fortalecimento da economia. Foi também instituído o regime tributário específico para os pequenos negócios, com redução da carga de impostos e simplificação dos processos de cálculo e recolhimento, conhecido como Simples Nacional. Também são previstos benefícios para estas empresas terem melhor funcionamento diário, como a simplificação e desburocratização, as facilidades para acesso ao mercado, ao crédito e à justiça, o estímulo à inovação e à exportação.

A Lei Geral uniformizou o conceito de micro e pequena empresa ao adotar o critério que observa a receita bruta anual.

A microempresa é toda sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário, registrados nos órgãos competentes, que tenham a receita bruta anual igual ou inferior a R\$ 360.000,00. Já a empresa de pequeno porte será assim enquadrada se sua receita bruta anual for superior a R\$ 360.000,00 e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (esta não perderá o seu enquadramento se obter adicionais de receitas de exportação, até o limite de R\$ 3.600.000,00).

A Lei n. 11.101/05 traz na Seção V, artigos 70 a 72, em inovação em relação ao Decreto-lei n. 7.661/45) um regime diferenciado e facultativo de recuperação judicial para a microempresa e empresa de pequeno porte – não se esquecendo do microempresário individual, também previsto na LC n. 123/06 (art. 68) e enquadrado como microempresa, sendo assim abrangido pelo regime especial da recuperação judicial.

É de grande valia a inserção de um regime especial de recuperação judicial das microempresas e empresas de pequeno porte na LFRE, já que estas

tendem a suportar mais arduamente os efeitos das crises que venham a surgir, justificando um tratamento jurídico diferenciado.

O plano especial de recuperação judicial das microempresas e empresas de pequeno porte está inserido no Capítulo III da Lei nº 11.101/05, que traz as regras gerais da recuperação judicial. Observa-se nos arts. 70 a 72 as regras específicas que conferem o tratamento diferenciado quando em comparação às regras gerais da recuperação judicial. Em especial, é mencionada uma forma diferente de elaboração do plano de recuperação e do procedimento ordinário da recuperação judicial.

De acordo com a redação do art. 70, caput, da LFRE, aplicam-se supletivamente ao procedimento simplificado as regras próprias da recuperação judicial no que for compatível. É importante mencionar que esse regime especial é uma mera faculdade, podendo a ME ou EPP escolher em seguir o regime especial ou tradicional, de acordo com a interpretação conjunta do art. 70, §1º e o art. 72, caput, da LFRE.

Esse regime especial assegura uma recuperação menos onerosa às microempresas e empresas de pequeno porte, devendo, porém, ser analisado no caso concreto qual regime (tradicional ou especial – ou até mesmo a recuperação extrajudicial) melhor se adequa às circunstâncias. Importante também ressaltar que a eventual alteração de classe, deixando de se enquadrar na categoria de microempresa ou empresa de pequeno porte, não altera o sistema especial se este for o escolhido, seguindo-se seus trâmites até o término da prestação jurisdicional, de acordo com Zanini (2007, p. 323).

A recuperação judicial especial dessas empresas visa simplificar, reduzir ou eliminar suas obrigações administrativas, tributárias e creditícias, assim como preconizado na Constituição Federal:

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

É perceptível, segundo Spinelli, Scalzilli e Silva (2011, s.p.), que ocorre na recuperação judicial especial a materialização do princípio constitucional constante do art. 170, IX, qual seja, o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País, e também do princípio infraconstitucional previsto no art. 970 do Código Civil, que reforça o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado à estes tipos de empresários.

A mudança mais significativa da nova Lei consiste em corrigir o art. 71, I, através da LC 147/2014 – que trouxe também outras evoluções legislativas –, passando agora a abranger não somente os créditos quirografários, mas todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, excetuados os decorrentes de repasse de recursos oficiais, os fiscais e os previstos nos parágrafos 3º e 4º do artigo 49, do mesmo modo que ocorre na recuperação requerida com base no plano regular.

Além do mais, a LC 147/2014 traz que a remuneração do administrador judicial não deverá ultrapassar o limite de 2% do valor dos créditos devidos (art. 24, § 5º), gerando a distinção com a remuneração do administrador na recuperação regular, que poderá chegar a 5% (art. 24, § 1º).

Ainda, o prazo que o devedor já beneficiado com a concessão de recuperação judicial especial deverá aguardar para requerer recuperação novamente reduziu-se à 5 anos (art. 48, III), mesmo prazo aplicável à recuperação regular (art. 48, III), sendo estas também modificações trazidas pela LC 147/2014.

De acordo com o art. 68, parágrafo único, modificado pela LC 147/2014, os prazos para de parcelamento dos créditos tributários e previdenciários na recuperação, serão 20% maiores do que concedidos às demais empresas que requeiram à recuperação regular. Também, de acordo com o art. 71, II, o parcelamento poderá ser em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas, acrescidas de juros equivalentes à taxa Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, com a possibilidade de conter também a proposta de abatimento do valor das dívidas.

Por último, é oportuno citar que a LC 147/2014 também promoveu a modificação do parágrafo único do art. 72. Esse dispositivo foi alterado prevendo

agora que será julgado improcedente o pedido de recuperação judicial e assim a falência do devedor, de acordo com o art. 55, se houver objeções dos credores titulares de mais da metade de qualquer uma das classes de crédito do art. 83, contados de acordo com o art. 45, todos da LRFE.

Desta forma, a recuperação judicial especial é uma alternativa às microempresas e empresas de pequeno porte devido às vantagens e maior autonomia do devedor perante o processo.

Colocadas as noções da incidência da Lei n. 11.101 de 2005 e pontuadas as críticas sobre a quem se aplica e quem exclui, além da recuperação especial da ME e EPP, seguiremos com o estudo analisando como ocorre o surgimento da crise nas empresas e assim esmiuçar a efetividade da recuperação judicial.

4. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A Lei n. 11.101/05 foi, após a Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, o instituto que apresentou a nova forma de tratamento das empresas em crise.

O processo de recuperação da empresa em crise proporciona uma completa reestruturação nesta, que a partir deste momento voltará a cumprir a sua função social. Veremos a recuperação de empresas como meio efetivo no ordenamento jurídico brasileiro para o soerguimento da empresa. Para que a empresa se submeta ao processo de recuperação judicial, porém, é necessário que se entenda qual a crise que a afeta (econômica, financeira ou patrimonial) e os motivos que a originaram, para somente assim ensejar sua recuperação plena.

4.1 Noções introdutórias

Para que uma sociedade sobreviva, é necessário que haja a troca de bens, pois uma pessoa sozinha ou apenas uma sociedade empresária não consegue produzir todos os tipos de itens necessários à vida. Vasconcelos (2008, p. 32) explica que quando a relação é predominantemente construída com base no dinheiro, cognominamos de economia monetária, modelo este seguido por economias não primitivas.

Primeiramente, precisamos entender que a economia monetária faz surgir uma importante figura apareça: dos poupadores. Estes, que não desejam adquirir bens imediatamente, emprestam o dinheiro que acumulam a quem se comprometer a pagar a quantia emprestada acrescida de juros, fazendo valer a desvantagem da perda do direito sobre bens e serviços (VASCONCELOS, 2008, p. 33). Dizemos que a relação débito-crédito está concretizada quando o pagamento dos bens adquiridos é realizado após o recebimento da mercadoria.

Assim, conseguimos entender que a circulação de riquezas é movida principalmente pelo crédito, sendo possível afirmar, segundo Vasconcelos (2008, p. 33) que a economia de uma nação “tem como lastro a produção e circulação de bens e serviços, as quais são financiadas por um sistema de crédito”. Porém, analisando

as relações acima, é possível detectar três limitações financeiras que impedem a produção e circulação de bens e serviços. Assim Vasconcelos (2008, p. 33) explica:

[...] A primeira diz respeito à impossibilidade de os agentes econômicos fabricarem dinheiro suficiente para suprir suas necessidades; a segunda, à capacidade de endividamento dos tomadores de recursos; e a terceira, aos padrões de prudência financeira estabelecidos pelos que emprestam os recursos.

Sempre se tentou de maneiras diversas produzir mecanismos que diminuam essas restrições, desde a criação de mais moeda pelos governantes até com o desenvolvimento de novos ativos financeiros. Porém, a crise em uma sociedade empresária tem consequências diretas na economia, como a ruptura do sistema de crédito, sendo necessário que o governo ou até organizações econômicas de acordo com Vasconcelos (2008, p. 34), apostem em outras medidas para ampliar a segurança dos empréstimos e ativos financeiros. O autor (2008, p. 34) abrevia:

Nesse contexto, que é o da garantia geral do crédito, situa-se o direito falimentar ou concursal, que tem como pilares a igualdade entre os credores de uma mesma classe (par conditio creditorum), o saneamento do meio empresarial e o aproveitamento das unidades produtivas pela sociedade, bem como a necessidade de se atribuir maior agilidade à execução das garantias.

Diante dessa dificuldade, vemos a recuperação de empresas como saída para sociedades empresárias que se encontram em crise e que tem a possibilidade de se reestabelecer. É necessário conhecer essa crise, sua origem e característica para assim analisar se a recuperação é o meio adequado de se proceder.

O regime jurídico de insolvência proposto pela Lei n. 11.101/2005 assenta-se na crise da empresa. É este, de acordo com Waldo Fazzio Júnior. (2010, p. 118), um sistema complexo de normas protetivas da rigidez empresarial e um conjunto de regras reguladoras de sua extinção quando viável.

Luis Manuel C. Méjan, em um artigo intitulado “Las bases de un derecho concursal” faz uma interessante comparação da saúde física do ser humano com o comportamento de uma atividade empresarial:

Si se hace una comparación de la salud física de un ser humano con el comportamiento de una persona moral, específicamente de una entidad empresarial, se lograrán comprender algunas de las cosas que suceden a una de estas últimas cuando incurre en los problemas de insolvencia típicos del concurso.

Para iniciar, cabe decir que el estado natural de los seres humanos es la salud, sin embargo, pueden presentarse al individuo diversos trastornos conocidos como enfermedades, es decir, alteraciones de las funciones normales del organismo.

Tales enfermedades con frecuencia pueden curarse solas por un proceso de actuación natural de las defensas del organismo. Sin embargo, las acciones del sistema de defensa pueden ser lentas, insuficientes o, incluso, incapaces de resolver el traumatismo o la patología en cuestión. Cuando eso sucede, se acude a medios de curación, desde remedios caseros, hasta sofisticados sistemas de la ciencia médica, pasando por la medicina alterna.

El resultado lógico esperado es la cura total y en muchas ocasiones se consigue, pero puede haber casos en donde el organismo sobrevive pero acusando alguna disminución. (Vg. el enfermo de la columna vertebral que ha sido operado pero que no puede volver a cargar objetos pesados; el que ha sufrido una fractura de pierna en edad ya avanzada y conserva posteriormente, una cojera)

Puede haber también casos de enfermedades terminales en donde la misión del médico y los medicamentos es el campo de la tanatología: dar una buena calidad de muerte.

Trasladados esos fenómenos a las empresas puede verse a la iliquidez y a la insolvencia como enfermedades que pueden curarse, que pueden dejar secuelas en la empresa o que pueden causar la muerte de la misma.

La estructura de un sistema concursal debe verse como el conjunto de medicamentos y tratamientos con los que se puede atender esas enfermedades para intentar lograr su curación. La gran diferencia, al hacer la comparación, es que si en los seres humanos la eutanasia tiene problemas religiosos, morales y jurídicos, en materia de empresas puede ser la solución adecuada.

Utilizando metafóricamente o corpo humano, o autor consegue explicar que o sistema concursal deve ser como um conjunto de medicamentos e tratamentos que possam propiciar a recuperação da empresa que seja viável, e que nos casos que não for possível uma recuperação, que a falência (colocada por Méjan como “eutanasia”) é a melhor solução.

De início, é imprescindível conhecer no que consiste uma empresa em crise, de que maneira a recuperação judicial auxiliaria nesse processo, sendo necessário antes o conhecimento dos tipos de crise que uma empresa pode enfrentar e de onde esta advém.

A autora Lídia Valério Margazão (2007, p. 84) reconhece primeiro que a Lei n. 11.101/2005 propicia o tratamento de empresas que estejam em dificuldades, onde embora enfrentem um período de crise, nem sempre essa situação, ainda que grave, provoca a ruína da empresa, deixando-a em estado irreversível. Muitas vezes, pode ocorrer uma prevenção e solução através da intervenção judicial a fim de que se evite uma futura liquidação de bens.

4.2 Tipos de crise

Ao mencionar que certa empresa está em crise, pode-se extrair dessa afirmação diversos significados. Para isto, Coelho (2011, p. 68) divide o tema em três: a crise pode ser econômica, financeira ou patrimonial. Ressalta o autor que normalmente uma desencadeia a outra, mas diante da economia e das relações jurídicas, cada vez mais estas crises se manifestam no setor empresarial, sem, no entanto, despertar interesse por parte dos agentes econômicos.

Por crise econômica Coelho (2011, p. 68) entende ser a “retração considerável nos negócios desenvolvidos pela sociedade empresária”. Ou seja, a partir do momento em que os consumidores não mais adquirem produtos e serviços na mesma escala que anteriormente, o empresário começa a sofrer uma queda em seu faturamento, onde há uma desproporção entre o que é oferecido e o que é consumido. Coelho garante que essa crise ocorre tanto ao empresário varejista quanto ao atacadista, industrial ou fornecedor de insumos, posto que toda a cadeia de produção sente a diminuição por parte do consumidor. Coelho (2011, p. 68) explana:

A crise econômica pode ser generalizada, segmentada ou atingir especificamente uma empresa; o diagnóstico preciso do alcance do problema é indispensável para a definição das medidas de superação do estado crítico. Se o empreendedor avalia estar ocorrendo retração na economia, quando,

na verdade, o motivo da queda nas vendas está no atraso tecnológico do seu estabelecimento, na incapacidade de sua empresa competir, as providências que adotar (ou que deixar de adotar) podem ter o efeito de ampliar a crise em vez de combatê-la.

Por outro lado, a crise financeira (COELHO, 2011, p. 69) é percebida quando o caixa da sociedade empresária não é suficiente para honrar seus compromissos, sendo chamada também de “crise de liquidez”. Pode não existir uma crise econômica, mas a sociedade empresária tem dificuldades em pagar suas obrigações por diversos motivos, como não amortização de capital investido em produtos novos, dívidas em moeda estrangeira, crises cambiais ou até níveis de inadimplência acima do esperado. Deste modo, a crise financeira se caracteriza pela impontualidade. Com isso, seria possível uma solução para este tipo de crise, com ressalvas:

Em geral, se a sociedade empresária não está também em crise econômica e patrimonial, ela pode superar as dificuldades financeiras por meio de operações de desconto em bancos das duplicatas ou outro título representativo dos créditos derivados das vendas ou contraindo mútuo bancário mediante a outorga da garantia real sobre bens do ativo. Se estiver elevado o custo do dinheiro, contudo, essas medidas podem acentuar a crise financeira, vindo a comprometer todos os esforços de ampliação de venda e sacrificar reservas imobilizadas. (COELHO, 2011, p. 69)

Temos por fim a crise patrimonial, sinônimo de insolvência e de insuficiência de bens no ativo para atender a satisfação do passivo. Segundo Coelho (2011, p. 69), essa crise é estática, isto é, ao perceber ter a sociedade empresária menos bens em seu patrimônio do que o montante de suas dívidas, parece que esta apresenta uma situação de delicada perante os credores que temem não ter seus créditos satisfeitos. Porém, não é necessariamente o que ocorre. Coelho (2011, p. 69) sintetiza:

O patrimônio líquido negativo pode significar apenas que a empresa está passando por uma fase de expressivos investimentos na ampliação de seu parque fabril, por exemplo. Quando concluída a obra e iniciadas as operações da nova planta, verifica-se aumento de receita e de resultado suficiente para afastar a crise patrimonial.

É importante abrir espaço neste momento para uma pequena observação. De acordo com Waldo Fazzio Jr. (2010, p. 120), alguns autores fazem distinção entre crise econômico-financeira e insolvência. Segundo ele, a primeira expressão faz menção aos “percalços econômicos e financeiros de caráter geral”, enquanto a segunda está ligada à suspensão de pagamento, ou seja, a distinção entre elas é identificada pela insuperabilidade da insolvência – apesar de ser reconhecida a dificuldade de diferenciação destas. Outros autores, porém, não enxergam diferença entre as duas noções, ressaltando a falta de relevância prática dessa distinção, alegando que tanto uma como outra tem o mesmo significado, concluindo que “a empresa em dificuldades econômico-financeiras (...) dificilmente mantém seus pagamentos em dia” (FAZZIO JR., 2010, p. 120).

De volta ao tocante das crises ocorridas na sociedade empresária, por muitas vezes essas dificuldades enfrentadas pela empresa podem ser fatais, gerando prejuízos tanto para os empreendedores e investidores quando para os credores, ensejando assim uma possível sucessão de crises para outros agentes econômicos também. Assim Lídia Valéria Marzagão afirma (2007, p. 85):

Diante dos gravames que a crise da empresa pode desencadear na economia local, regional e até nacional, o novo instituto da Recuperação Judicial visa, através de uma intervenção judicial, preservar a empresa sem que haja a cessação de suas atividades.

Assim, a crise que leva uma empresa à quebra leva consigo postos de trabalho, produtos e serviços essenciais, participação na arrecadação de impostos, entre outros setores que assim são afetados de maneira regional, nacional ou até mesmo global. Cabe assim ao legislador propor mecanismos judiciais e extrajudiciais para recuperar a empresa em dificuldades.

4.3 Fatores que originam a crise

Essas crises e dificuldades apresentadas pelo setor empresarial brasileiro podem surgir de diversos fatores. Jorge Lobo, Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, aponta algumas situações de crises empresariais em um

artigo intitulado “O Moderno Direito Comercial Brasileiro”, e as divide em causas externas, causas internas ou imputáveis às próprias empresas ou aos empresários, e causas acidentais.

Segundo ele, as causas externas, podem ser exemplificadas pelo aperto da liquidez dos bancos, redução de tarifas alfandegárias, liberação das importações, mudanças nas políticas cambial, fiscal e creditícia, criação de impostos extraordinários, surgimento de novos produtos, queda dos produtos agrícolas nos mercados internacionais, retração do mercado consumidor, altas taxas de juros e inadimplemento dos devedores, inclusive do próprio Estado.

Já as causas internas ou imputáveis às próprias empresas ou empresários poderiam advir da sucessão do controlador, desentendimento entre sócios, capital insuficiente, avaliação incorreta das possibilidades de mercado desfalque pela diretoria, operações de alto risco, falta de profissionalização da administração e mão-de-obra não qualificada, baixa produtividade, excesso de imobilização e de estoques, obsolescência dos equipamentos, redução das exportações e investimentos em novos equipamentos.

Por fim, Jorge Lobo menciona as causas acidentais, tais como bloqueio de papel moeda no BACEN, maxidesvalorização da moeda nacional, situação econômica anormal da região, país ou do mercado consumidor estrangeiro, e até mesmo conflitos sociais.

Além dessas, no contexto atual do país, percebemos grande influência das causas externas e acidentais nas crises que sociedades empresárias vem enfrentando. Uma forte crise econômica vem atingindo o Brasil desde os primeiros meses de 2015 e se encontra com bastante força até os dias atuais. Essa crise, percebida por economistas desde o fim de 2014, veio acompanhada do momento instável da política do país, diante dos incansáveis processos da operação Lava-Jato e de protestos contra o governo da então presidente Dilma Rousseff, afastada em 2016 através do processo de impeachment.

A forte recessão econômica é sentida por todos no país. De acordo com artigos publicados na Revista Época e também no site de notícia G1, enfrentamos a pior recessão da história do país, com recuo no Produto Interno Bruto (PIB) por dois anos consecutivos. A economia contraiu em cerca de 3,8% em 2015 e a taxa de

desemprego em setembro de 2016 chegou a 11,8%, atingindo cerca de 12 milhões de brasileiros.

Em 2016, os efeitos da crise econômica puderam ser sentidos de maneira mais severa pela população, que precisou se adaptar à nova realidade financeira. De acordo com uma pesquisa realizada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) no ano citado, quase metade dos entrevistados (48%) passou a usar mais transporte público e 34% deixaram de ter plano de saúde. Cerca de 14% das famílias brasileiras tiraram seus filhos da escola particular, e os consumidores trocaram produtos por similares mais baratos (78%), esperando liquidações para comprar bens de maior valor (80%) e poupando mais para manter uma reserva no caso de alguma urgência não prevista (78%). Em junho de 2017, o PIB subiu um por cento no primeiro trimestre do ano, sendo o primeiro aumento, após oito quedas trimestrais consecutivas.

A crise que afeta o cidadão comum obviamente chega também as sociedades empresárias. Diante da crise enfrentada em nosso país, a não recuperação de empresas que passem por crises ocasionadas pela situação econômica nacional ocasiona problemas ainda maiores, como a diminuição de mão-de-obra, fim de postos de trabalho, paralisação de atividades essenciais, e conseqüentemente à queda de produtos muitas vezes essenciais para a economia e para a sociedade. Lobo (1998, p. 158) em artigo denominado “Direito da Crise Econômica da Empresa”, comenta:

Se a empresa é econômica e financeiramente viável e/ou social, política e estrategicamente importante, ela não deve perecer, o que muitas vezes ocorre, infelizmente, por absoluta falta de instrumentos legais capazes de propiciar o seu reerguimento, o que nos leva a propor uma profunda e radical transformação na maneira de encarar e enfrentar o problema da insolvabilidade e da crise econômica da empresa privada de interesse particular, da empresa privada de interesse público e da empresa pública.

O autor comenta sobre as empresas que entram em crise, dividindo-as em privada de interesse privado, privada de interesse público e empresa pública.

Tratando-se de empresa privada de interesse particular, quando esta não apresenta sinal nenhum de que é recuperável, sendo “infalivelmente insolvável,

deve ser liquidada com a máxima brevidade possível, através de um processo de cognição sumária” (LOBO, 1998, p. 159). Entretanto, ainda assim não devem ser esquecidos os direitos de ampla defesa do devedor e dos credores, que costumam ser os principais problemas da falência. Lobo (1998, p. 159) comenta o processo em outros países:

Em alguns países, v.g., Estados Unidos da América e Japão, devido (a) à mobilidade do emprego, (b) ao princípio liberal de que devem ser conservadas e estimuladas apenas as empresas competitivas e rentáveis, deixando perecer as que não demonstrarem condições razoáveis de rivalizar com a concorrência num mundo globalizado, e (c) ao fato de que os bens integrantes dos ativos das empresas extintas serão adquiridos e seus clientes atendidos por outras organizações atuando no mesmo segmento, o Direito positivo, embora possua mecanismos aptos a viabilizar o saneamento da empresa privada de interesse particular, dá preferência à liquidação.

Quando, porém, a empresa se mostrar econômica e financeiramente viável, Lobo (1998, p. 162) garante que sua quebra e liquidação devem ser totalmente afastadas, através de procedimentos extrajudiciais e judiciais, bem como utilizar-se de meios comuns ao Direito Comercial, devendo buscar sua preservação, observado princípios básicos, como o autor assim pontua:

(1º) lei especial (como acentuado, diferente, por sua natureza, fundamentos, pressupostos, conteúdo e finalidades, da lei de falências, ou de liquidação) deve prever um processo judicial de reorganização (liquidação) e um procedimento extrajudicial de reorganização;

(2º) os conflitos de direito e interesse entre os personagens do drama da insolvência, inerentes ao processo judicial, devem ser dirimidos pelo Poder Judiciário, cometendo-se ao Juízo Arbitral o deslinde das controvérsias e decorrentes do procedimento extrajudicial;

(3º) as normas, reguladoras do reerguimento, devem, quando se tratar de processo judicial, ter caráter jurídico-processual e também econômico, e, quando se cuidar de procedimento extrajudicial, caráter apenas econômico;

(4º) para liderar a reorganização judicial, deve-se preparar uma “magistratura econômica”, proba e capaz, consciente de seus deveres e responsabilidades, e, para assessorá-la, criar órgãos de supervisão do processo judicial, formados por credores (comitê de credores) e por empregados (comitê de empregados); na reorganização extrajudicial, o procedimento deve ser capitaneado por uma “empresa saneadora”, assistida pelos comitês de credores e empregados;

(5º) os interesses das partes envolvidas²³ devem ser disciplinados e compostos segundo os cânones da Justiça comutativa e

(6º) a lei especial de reorganização deve fixar, como meios de recuperação, os comuns ao Direito Comercial.

Quanto à empresa privada de interesse público e a empresa pública, Orlando Gomes (Artigo Desenvolvimento Econômico e Evolução Jurídica, p. 31) apud Lobo (1998, p. 161) explica que a intervenção do Estado se traduz por meio da utilização da Lei como instrumento da programação econômica, da substituição de princípios jurídicos e de estruturas jurídicas e da introdução de novas técnicas ou mudança de função de institutos tradicionais. Tendo as empresas privadas de interesse pública ou empresas públicas o interesse público e coletivo, mediante o qual o próprio Estado conduz e dirige estas sociedades, ao reconhecer a falência destas, estaria reconhecendo-se a falência próprio Estado, além de “pôr-se uma pá de cal em uma entidade criada por lei especial para atender aos mais diversos interesses coletivos e públicos” (LOBO, 1998, p. 162).

Contudo, tendo ela viabilidade de recuperar-se, Lobo àquela época já afirmava a necessidade de uma Lei especial que reorganizasse cuidasse da recuperação desses tipos de empresa, adotando os fundamentos (1998, p. 164):

1º) a reorganização econômica, financeira, técnica tecnológica, e gerencial deve gozar de prioridade absoluta, ainda que em detrimento de direitos, privilégios e preferências do devedor e de seus credores;

2º) as soluções para os problemas da empresa devem ser presididas por razões de ordem econômica e social e não jurídico-processual;

3º) as normas reguladoras da reorganização devem inspirar-se nos cânones da Justiça Distributiva e do Direito Público;

4º) deve-se fixar como meios de recuperação nos comuns ao Direito Comercial e medidas diversas de administração pública da economia, como veremos no § 3º infra, e,

5º) deve-se prever procedimentos administrativos, procedimentos extrajudiciais e processos judiciais, conforme a solução alvitrada para solver a crise da empresa, como veremos no § 4º infra.

Desta maneira, é acertada a criação da Lei n. 11.101/05, que propicia à empresa em crise – independentemente de seu tipo ou fundamento –, seu soerguimento sob os fundamentos e princípios. Serão explanados em seguida os princípios que norteiam, fundamentam e propiciam a melhor aplicação e efetividade da LFRE.

5. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

Para expor de maneira adequada os princípios da recuperação de empresas e posteriormente discorrer mais profundamente sobre o princípio da preservação da empresa, é imprescindível primeiro que seja adentrado o campo dos princípios em sua generalidade, partindo da premissa geral para posteriormente serem tecidos comentários específicos.

5.1 Noções gerais sobre princípios

Independente da área do direito escolhida, todas elas possuem em comum princípios gerais e princípios específicos. Por vezes, os princípios foram colocados no ordenamento jurídico em patamares inferiores ao que realmente pertenciam, sendo de certa forma, negligenciados, sem exercer o papel que realmente desempenham na análise jurídica. Pode-se afirmar que muito dessa problemática se deve a omissão legislativa quanto à aplicação dos princípios no ordenamento e de sua efetiva função, sem deixar de lado, também, a falta de diferenciação deste perante as regras. Assim explica Walter Claudius Rothenburg (1999, p. 13):

Uma primeira abordagem negava caráter de autênticas normas jurídicas aos princípios. Por força de sua suposta natureza “transcendente”, ou em razão de seu conteúdo e vagueza, bem como pela formulação através de dispositivos destituídos de sanção (imediate), eram os princípios qualificados como meras exortações, preceitos de ordem moral ou política, mas não verdadeiros comandos de Direito. E porque a própria constituição seria, justamente, aquele momento limbeiro entre o social (a mora, o político, etc.) e o jurídico, ou seja, porque a própria constituição não representaria um corpo estritamente jurídico, aparecia ela como o repositório natural dos princípios assim considerados (desprovidos de natureza eminentemente jurídica).

Para entendê-los e assim poder realizar um estudo de forma correta, sem que haja dúvidas quanto a sua definição, é necessário a sua individualização no campo das normas jurídicas para que assim a pesquisa se torne eficaz. Ora, de nada adianta conhecer um princípio sem saber seu caráter diferenciador perante os demais.

Em primeiro lugar, sempre houve um questionamento jurídico do verdadeiro conceito de norma jurídica e, por conseguinte, de suas espécies. A norma jurídica se apresenta como o resultado que se obtém através da interpretação de determinado texto legal sendo uma estrutura fundamental do Direito. De uma norma jurídica se extrai preceitos e valores do ordenamento jurídico. O jurista Hans Kelsen assim alega:

A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa. (KELSEN, 1998, p. 3)

Também esclarecendo sobre o papel da norma jurídica:

A norma jurídica exerce justamente esse papel de ser o instrumento de definição da conduta exigida pelo Estado. Ela esclarece ao agente como e quando agir. [...]Em síntese, norma jurídica é a conduta exigida ou modelo imposto de organização social. (NADER, 2014, p.101)

Posto o conceito de norma jurídica, e reconhecendo sua importância, outro tema tornou-se pauta de debates. Os juristas ainda debatiam quanto aos institutos das regras e dos princípios. Diversas teorias surgiram, e com isso o embate foi se tornando cada vez mais significativo. Não se sabia determinar ao certo se as regras derivam dos princípios, sendo aquele como gênero e este como espécie, se ambos teriam a mesma eficácia ou se até mesmo dos princípios é que se deriva a criação de normas. Todas essas teorias apresentam seus estudos e têm sua importância e relevância para a pesquisa jurídica. Nenhuma delas, porém, chegou a campos tão distantes quanto às de dois respeitáveis autores: Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Ronald Dworkin, filósofo do direito norte-americano, elabora sua teoria com base numa crítica ao positivismo jurídico, criticando a tese de Hebert Hart – também considerado um dos maiores autores acerca do tema. Dworkin explica que, quando um juiz não aplica uma regra em sua decisão e aplica um juízo de

discricionariedade, ele estaria criando um novo direito. Isto, porém, seria a própria força dos princípios atuando supletivamente à falta de regras no caso concreto.

Dworkin inicia seu raciocínio sobre da diferenciação entre princípios e norma, reconhecendo o que distingue os dois institutos:

A diferença entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. (DWORKIN, 2007, p. 39)

Ele argumenta no sentido de que os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm; seria esta a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se confrontam, o magistrado ou qualquer outro operador que vá resolver tal conflito, deve levar em consideração a força relativa de cada, não se podendo exercer uma mensuração exata. Este julgamento que irá determinar qual princípio é mais relevante em face de outro, e que no caso poderá ser objeto de uma discussão, causando controvérsia. (DWORKIN, 2007, p. 42).

Tal análise nos leva a conclusão de que um princípio não pretere o outro, sendo possível que eles conflitam entre si, um não excluindo o outro. O máximo que pode ocorrer é uma ponderação no caso concreto fazendo com que se utilize um em vez de outro para que se tenha uma melhor resolução da lide.

Dworkin admite que por outro lado, “as regras não tem essa dimensão. Podemos dizer que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes. [...] Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida” (DWORKIN, 2007, p. 43). Vê-se, portanto, que as regras seguem a máxima do tudo ou nada, onde uma necessariamente exclui a outra. Para se conseguir estabelecer dentre as regras em conflito, qual delas irá prevalecer, utiliza-se os critérios cronológico (onde a regra mais atual prevalece), especialidade (a regra de caráter geral é vencida pela de caráter especial) ou hierárquico (utiliza-se o método da pirâmide normativa de Kelsen, onde a norma que está acima tem preferência sob a de respaldo menor).

Conclui-se então que há como se falar em ponderação de princípios, mas quanto às regras costuma-se dizer que estas possuem tal dureza gerando uma

espécie de ‘eficácia de trincheira’ – assim como na expressão literal, dificilmente conseguindo ‘sair’ de uma regra, diferente de um princípio. O ônus argumentativo do juiz para ponderar uma regra deve ser muito maior do que para ponderar um princípio.

Princípios nada mais são do que normas imediatamente finalísticas, que apontam para um estado ideal de coisas a ser atingido, sem, contudo, descrever a conduta necessária para que se possa atingir esse estado ideal. Além disso, Dworkin conclui que “podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de Lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas” (DWORKIN, 2007, p. 46).

Aprofundando os estudos de Dworkin, Robert Alexy, filósofo alemão, em “Teoria dos Direitos Fundamentais”, começa explicando a distinção ao dizer que “princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.” (ALEXY, 1986, p. 87)

Alexy continua seu raciocínio concluindo que existem diversos critérios para se distinguir princípios de normas, e que o mais utilizado seria o da generalidade. Seriam os princípios “normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo” (ALEXY, 1986, p. 7).

Com base nesse e outros critérios (como a “determinabilidade dos casos de aplicação a forma de seu surgimento, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência a ideia de direito ou a uma Lei jurídica suprema, e a importância para a ordem jurídica”), Alexy finaliza com o pensamento de que seriam possíveis três teses diversas acerca das regras e princípios.

Quanto à primeira tese, diz-se que ela “sustenta que toda tentativa de diferenciar normas em duas classes, a de regras e princípios, seria, diante da diversidade existente, fadada ao fracasso” (ALEXY, 1986, p. 89). Por conseguinte, a segunda tese tem como defensores “aqueles que, embora aceitem que as normas possam ser divididas de forma relevante em regras e princípios, salientam que essa diferenciação é somente de grau”. A terceira tese foi considerada a mais correta por Alexy, que alega que “normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que

entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas sim qualitativa” (ALEXY, 1998, p.90).

Concluindo seu raciocínio, ele garante que:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. [...] Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. [...] Regras contém, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.” (ALEXY, 1998, p. 90)

Também, Walter Claudius Rothenburg apud Miguel Reale (1986, p. 60):

Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção de realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.

Com isso, vê-se a importância de individualizar os princípios, posto que sua influência no ordenamento jurídico se pautar no seu caráter flexível, que dá ao operador do direito uma margem de análise no caso concreto. Analisadas estas concepções acerca da natureza jurídica dos princípios, entremos nos princípios próprios da recuperação judicial.

5.2 Princípios da recuperação judicial

A recuperação judicial, prevista na Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, traz, de maneira reformulada em relação ao antigo instituto da concordata, oferecendo uma nova chance à empresa em crise.

Uma empresa representa não somente um polo gerador de empregos e de circulação de riquezas, sendo também influenciadora em diversos setores da economia e da sociedade. Comparato observa que se quisermos “indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva de elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa” (1995, p. 3). Não há outro instituto que seja capaz de provocar tantas oscilações no mercado quanto uma empresa.

O autor reitera que depende da empresa, de forma direta, a subsistência da maior parte da população ativa deste país, afirmando ainda que é dela de onde provém a grande maioria dos bens e serviços consumidos pelo povo. É das empresas que o Estado retira a maior parcela de suas receitas fiscais e em torno delas que gravitam vários agentes econômicos não-assalariados, como os investidores de capital, os fornecedores, os prestadores de serviços (COMPARATO, 1936, p.3)

Além do mais, Comparato (1995, p.6) nos mostra que “a liberdade de iniciativa, entendida como liberdade de criação empresarial ou de livre acesso ao mercado, somente é protegida enquanto favorece o desenvolvimento nacional e a justiça social”. Vemos que a iniciação de uma atividade empresarial é de suma importância ao se analisar o contexto de economia nacional, levando em conta seu funcionamento proporcionar o enriquecimento às mais diversas áreas.

Comparato (1995, p.7) conclui que não há como negar que analisando a empresa sob seu aspecto microeconômico e individualizando cada unidade empresarial isoladamente, sendo este o modo tradicional de se analisar o fenômeno em direito, a importância das empresas é extremamente variável, casuística, tanto pela escala de sua ação no mercado, como também pelo setor econômico ao qual pertencem.

Desta forma, cada empresa tem seu papel no mercado nacional de formas diversas, não se podendo subestimar uma empresa sem analisar profundamente sua importância na área em que se propõe a desenvolver serviços ou produtos. Por vezes, uma empresa em que em determinada região é de extrema utilidade, pode em outros lugares não ser tão aproveitável. Podemos citar como exemplo empresas especializadas em aquecedores, que em lugares de temperatura baixa são bem aceitos, como no sul do país; porém em regiões que tem durante maior

parte do ano a temperatura elevada, assim como no Nordeste, não seriam tão úteis e talvez não tivesse grandes chances de conseguir manter-se no mercado.

Por isso, ao analisarmos um pedido de recuperação judicial de uma empresa, devemos analisá-lo sob diversos prismas. Olhar sua importância econômica, tanto de uma maneira geral como também específica de acordo com sua região de atuação e seu produto final, assim como sua possibilidade de continuar atuando no mercado de trabalho, dentre outros aspectos previstos na doutrina e também em Lei.

Para isso, surgem os então chamados princípios da recuperação judicial. Eles norteiam o objetivo da recuperação judicial, dando ao operador do direito uma margem acerca do que se deve ponderar para que tal plano seja concedido à empresa em crise. Citamos o artigo de Lei:

Lei 11.101/2005. Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

O artigo acima citado torna-se indispensável para nosso estudo a partir de agora. Ao ler o caput, podemos extrair deste os princípios que são à base da recuperação judicial, quais sejam a preservação da empresa e sua função social. Assim também discorre Maria Helena Diniz quando diz que “a empresa, como atividade econômica organizada, deve ser preservada por gerar lucro, emprego e tributos. O art. 47 da Lei n. 11.101/2005 acolhe o princípio da preservação da empresa e o de sua função social ao dispor [...]” (DINIZ, 2009, p. 26), concluindo a finalidade do artigo. Desta forma, analisaremos as considerações mais importantes acerca de cada um.

5.3 Da Proteção ao Trabalhador

Não somente na atual crise econômica que assola o país, mas desde sempre o governo garante políticas públicas no sentido de empregar cada vez mais

peças e assim melhorar a qualidade de vida de seu povo, erradicando assim de forma gradual a pobreza. Podemos ilustrar com o PRONATEC, o Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego, criado pelo criado pelo Governo Federal, em 2011, por meio da Lei n. 12.513/2011, que visa expandir, interiorizar e democratizar a oferta de cursos de educação profissional e tecnológica no país, somando entre os anos de 2011 a 2014 mais de 8,1 milhões de matrículas, entre cursos técnicos e de qualificação profissional (Portal MEC, 2017, p.1).

O princípio da proteção ao trabalhador se encontra em nossa Carta Magna através de uma interpretação do artigo 1º, III e IV, e também pela sistematização dos Direitos Sociais. Assim, Silva (2003, p. 289):

Temos para nós que a garantia do emprego é um direito, por si bastante, nos termos da Constituição, ou seja, a norma do Art. 7º, I, é por si só suficiente para gerar o direito nela previsto. Em termos técnicos, é de aplicabilidade imediata, de sorte que a lei complementar apenas virá determinar os limites dessa aplicabilidade, com a definição dos elementos (despedida arbitrária e justa causa) que delimitem sua eficácia, inclusive pela possível conversão em indenização compensatória da garantia de permanência no emprego.

Comprovado que tal princípio é protegido constitucionalmente, voltamos para a Lei que regula a recuperação de empresas. O legislador tanto na Lei de Falências anterior quanto ao editar a Lei n. 11.101/2005 reconheceu a proteção daqueles que trabalham na empresa que se encontra em crise. Podemos encontrar o princípio da proteção do trabalhador conectando dispositivos de Lei.

Destacamos que o artigo 45, § 2º concede ao empregado à possibilidade de que o cômputo de votos da classe trabalhista será por cabeça durante a assembleia de apreciação do plano de recuperação, não importando qual seja o valor do crédito. Ocorre neste artigo uma valorização do voto do trabalhador de forma que o peso do voto de todos os credores trabalhistas será o mesmo, realizando um tratamento paritário entre estes.

Identificamos ainda a preferência ao identificar na classificação do crédito trabalhista no quadro dos credores concursais a posição de primeiro lugar entre os estes, segundo artigo 83, I. Combinado com este, o artigo 151 prevê o pagamento imediato de determinadas verbas salariais, compreendendo a natureza

alimentar destas e reconhecendo a hipossuficiência do trabalhador. Valoriza-se o trabalho também ao considerar que o crédito dos trabalhadores pelo serviço prestado depois da decretação da falência da empresa tem natureza extraconcursal, pelo artigo 84, I, evitando que haja qualquer tipo de má-fé por parte da empresa falida.

Depois, ele desestimula a cessão de créditos trabalhistas ao prever no artigo 83, §4º que, se assim ocorrer, sua classe passará a ser quirografária. De tal maneira, coíbem-se atitudes abusivas por parte daqueles que se aproveitariam do momento de fragilidade do trabalhador que não está recebendo seus créditos e querem assim realizar negócios visando lucrar com estas cessões.

A proteção ao trabalhador é fator importante para a concessão da recuperação judicial, requisitando que o operador do direito analise também este aspecto e que assim a decisão seja tomada de maneira mais acertada possível, evitando que um possível deferimento de falência sem necessidade seja dado e que assim trabalhadores sejam prejudicados.

5.4 Do Interesse dos Credores

Um credor de uma empresa em crise será tanto pessoa jurídica quanto pessoa física, deixando essa variação a cargo do ramo de atividade que aquela explore. Ao pensarmos em um credor que seja da primeira modalidade citada, pensamos em outras empresas, como fornecedores de obra-prima ou instituições financeiras. É válido supor que estas, por constituírem pessoa jurídica e assim manterem relações com outras empresas além da que se encontra em crise – da qual são credores, poderiam, de certa forma, suportar de maneira menos drástica uma recuperação de seu devedor. Isto, porém, não as coloca em um patamar de inferioridade na preferência de recebimento de créditos em detrimento dos credores que são pessoa física, visto que todos os credores têm previsto em Lei sua ordem de pagamento, devendo sempre esta ser respeitada.

Detecta-se, porém, que ao compreender na pessoa física comum uma figura pouco menos prepara preparada para suportar inadimplementos inesperados, muitas vezes consiste naquele crédito sua única fonte de renda, tornando assim um possível parcelamento de débito ou qualquer outra medida que atrase o recebimento

algo com imensa prejudicialidade. Encontramos com a importância de proteger esta classe e vemos a necessidade de instituir a proteger o interesse dos credores. Waldo Fazzio Júnior. (2010, p. 17) introduz:

Qualquer regime de insolvência visa satisfazer, equitativamente, pretensões creditícias legítimas. Mesmo ante a necessidade de se considerar o interesse social na manutenção ou não do empreendimento, o fato é que a solução proporcional do passivo sempre será o norte do procedimento adotado. A reestruturação da empresa em dificuldades é instrumento da satisfação dos credores, desde que observados níveis mínimos da paridade.

Preocupados com os diversos interesses insertos nos processos de insolvência, economistas e administradores se permitem enveredar para a consideração de elementos que desprezam o interesse dos credores. Isso não é correto. O regime de insolvência, desde suas origens, retrata a preocupação do legislador com a sorte dos que titulam haveres contra o empresário em crise. Pode ser dito que, desde sua origem, é uma postura jurídica estabelecida, essencialmente, para atender os direitos dos credores. Estes predominam e, no mínimo, constituem o estopim para a deflagração processual da conjuntura universal da insolvência.

Necessário ainda é mostrar que ainda que seja protegido o interesse dos credores de modo a propiciar a satisfação dos seus créditos, esta não ocorre, muitas vezes, no tempo e forma que estes desejariam. Waldo Fazzio Júnior (2010, p. 18) mostra que:

O interesse dos credores também não pode ser identificado como a realização de pronto de seus haveres. Certo que o processo de insolvência não pode se prostrar indefinidamente, mais importante é que a satisfação célere dos créditos deve observar os parâmetros da prelação adequada e de pagamentos satisfatórios. Praelação adequada significa equidade no tratamento dos detentores de créditos. Pagamentos satisfatórios são aqueles que se aproximam do ideal de integral satisfação dos mesmos créditos.

Ao realizar uma comparação quanto à participação dos credores entre a Lei atual e a Lei anterior, percebemos uma grande evolução no tocante ao interesse dos credores. No instituto da concordata, pela análise do artigo 147 da revogada Lei 7.661/45, era imposto aos credores que a aceitassem quando feitas as avaliações judiciais sobre os requisitos legais. Com a legislação atual, buscou-se dar aos credores uma função mais ativa na recuperação de empresas e na falência, passando

este a ter um papel de maior importância dentro destes institutos. A recuperação judicial propiciou um diálogo entre credor e devedor.

Na assembleia de credores, por exemplo, devem estes decidir de forma tácita ou expressa quanto a aprovação do plano quando se tratar de recuperação judicial, pelo previsto nos artigos 55 e 56 da Lei n. 11.101/2005, assim como a manifestação do devedor no sentido de cancelar o pedido de recuperação deve ter também aprovação da assembleia de credores, pelo previsto nos artigos 35, I, “d”, combinado com o artigo 52, § 4º. Na recuperação extrajudicial o credor também age como direcionador, de forma que a impugnação judicial do plano por ele não acarreta em risco de ser decretada a falência se tal manifestação for julgada procedente, conforme o artigo 164 da mesma Lei.

Devemos partir da premissa que tal participação dos credores deve assim ser concedida, pois sendo estes que suportarão os efeitos que uma recuperação traz, deve-se a eles conceder a possibilidade de decidir quanto às características do plano. Não há maior senso de tratamento justo do que incluir quem mais sofrerá com a recuperação, de modo a possibilitar que estes ajudem a superar o momento de crise, já que é de seu interesse que a empresa se recupere e volte a suas atividades rotineiras. Afinal, ainda que o magistrado tenha consigo todas as informações sobre a empresa, o credor é quem mais tem a possibilidade de opinar acerca da recuperação, já que este foi quem manteve uma relação mais próxima com a empresa em crise.

Apronta-se que o legislador ao elaborar o artigo 47 da Lei n. 11.101/2005 elencou os princípios não se esquecendo do direito dos credores, acarretando ao Judiciário que os observe juntamente com os demais durante o processo de recuperação.

5.5 Do princípio da Função Social da Empresa

Também elencado como princípio da recuperação de empresas, a função social também é contemplada em nossa Carta Magna, preconizada pelo artigo de Lei 170 da Constituição Federal:

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

III - função social da propriedade;

O artigo 170 da Constituição Federal está no título VII, sendo o primeiro do capítulo intitulado “Dos princípios gerais da atividade econômica”. Se a primeira indagação que nos surge é quanto à relação entre o citado artigo e a função social da empresa, logo nos esclarecemos com os ensinamentos de Eros Grau (2014, p. 173) , que explica a relação entre propriedade e empresa, inclusive mencionando a atividade agrícola e sua extrema ligação, pressupondo então que “assim, são dotadas da força atrativa que conduz à reunião sob a alusão à ordem econômica, de preceitos que, na Constituição de 1988, encontram-se localizados em Títulos outros que não o da Ordem Econômica (e Financeira)”.

Desta forma, percebe-se a função social da empresa inserida implicitamente em nossa Carta Magna, razão pela qual em uma primeira visão podemos concluir que há respaldo constitucional ao princípio. Tal proteção é de extrema importância, permitindo assim que possamos compreender que sua incidência e aplicação tem grande influência no sistema recuperacional brasileiro. Assim ensina Maria Helena Diniz (2009, p. 23):

A propriedade empresarial deverá atender à função social, exigida pela Carta Magna (arts. 5º, XXII, 182, §2º, e 186); por isso o empresário deverá exercer sua atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços no mercado de consumo, de forma a prevalecer a livre concorrência sem que haja abuso de posição mercadológica dominante, procurando proporcionar meios para a efetiva defesa dos interesses do consumidor e a redução de desigualdades sociais, assumir funções assistenciais para seus empregados, p. ex., formando serviços médicos, fundos de previdência, planos de aposentadoria, promovendo ensino básico, creches, transporte, e, ainda, realizar projetos de recuperação do meio ambiente, e do patrimônio histórico-cultural.

Alguns pontos sobre a incidência da crise em uma empresa precisam ser mostrados. Segundo visto capítulos acima crise em uma empresa manifesta-se em três formas: econômica, financeira e patrimonial. Como dito, Coelho (2012, p. 170)

narra que esta será econômica “quando as vendas de produtos ou serviços não se realizam na quantidade necessária à manutenção do negócio”. Por outro lado, a crise financeira pressupõe a “falta à sociedade empresária dinheiro em caixa para pagar suas obrigações”. E por fim, a crise patrimonial se vê presente quando “o ativo é inferior ao passivo, se as dívidas superam os bens da sociedade empresária”.

Também ressalta Mamede sobre a crise na empresa:

[...] Por isso, a crise econômico-financeira da empresa é tratada juridicamente como um desafio passível de recuperação, ainda que se cuide de atividade privada, regida por regime jurídico privado. Como se só não bastasse, a previsão de um regime jurídico para a recuperação da empresa decorre, igualmente, da percepção dos amplos riscos a que estão submetidas as atividades econômicas e seu amplo número de relações negociais, para além de sua exposição ao mercado e seus revezes constantes. (Mamede, 2012, p. 18)

Em outra obra, Coelho explica que a legislação brasileira prevê duas hipóteses de medidas judiciais que podem evitar que tais crises, sejam elas de qualquer uma das três espécies acima citadas e como o motivo de decretação da falência. São elas a recuperação judicial e a homologação de um acordo de recuperação extrajudicial. Segundo ele:

Os objetivos delas são iguais: saneamento da crise econômico-financeira e patrimonial, preservação da atividade econômica e de seus postos de trabalho, bem como o atendimento aos interesses dos credores. Diz-se que, recuperada, a empresa poderá cumprir sua função social. (COELHO, 2013, t. 96, p. 112)

Com essa pontuação de Coelho, entendemos a preocupação da Lei em adotar a possibilidade de dois meios de recuperação, um judicial e outro extrajudicial: dar cumprimento à função social da empresa, previsto implicitamente na Constituição Federal.

Também por esse viés, nos explica Maria Helena Diniz que a empresa tem grande responsabilidade no sentido social. Ela sustenta que seu papel nesse sentido é de desempenhar uma função de cunho tanto econômico como social. A empresa se traduz como “elemento de paz social e solidariedade, constituindo um

instrumento de política social e de promoção da justiça social.”. Segundo Maria Helena Diniz, a responsabilidade social vai mais além; ela impulsiona através de sua atividade econômica, uma comunicação ampla entre os trabalhadores e a sociedade em geral, propiciando assim “melhores condições sociais, garantindo sua sobrevivência no mercado globalizado, por ser fator decisivo para seu crescimento, visto que ganhará o respeito de seus colaboradores e consumidores e provocará sua inserção na sociedade.” (DINIZ, 2009, p. 33).

Dando sequência ao raciocínio, percebemos que a preocupação com a função social da empresa tem com um dos melhores meios de garantir a existência digna da pessoa humana: o trabalho. Assim também pensa Mamede:

Compreendido como ação humana sobre metas específicas, o trabalho não apenas garante a subsistência, mas torna possível o crescimento individual e coletivo. O trabalho, portanto, é parte da existência humana, embora assumindo contornos sociais e individuais diversos, como a mera satisfação alienada de obrigações contratadas, assumidas em face do imperativo da subsistência, até o trabalho compreendido como meio para a realização material e emocional do indivíduo, consciente de seu papel na manutenção do presente da sociedade e, mesmo, sobre a construção de seu futuro. (MAMEDE, 2010, p. 26)

O autor nos conduz a entender que valorizar o trabalho é um dos caminhos para se construir um dos alicerces do Estado Democrático de Direito, limitando-se também pelo “direito de livre empreender e, mais, de colher os resultados da empresa” (MAMEDE, 2010, p. 27). Devemos, segundo ele, entender que esta relação entre a dignidade humana e os valores sociais e também a livre iniciativa mostra seu outro lado da moeda:

A proteção das ações individuais e coletivas, a harmonização dos interesses envolvidos, atende não apenas a uma dignidade mínima, mas também à preservação dos planos exponenciais nos quais a dignidade humana é a busca maior – e por vezes até transcendente – pela justificação da vida. (MAMEDE, 2010, p. 27)

Assim, Mamede explica ser a função social elemento inerente a cada faculdade jurídica e, por isso, para que haja uma adequada compreensão, é exigível

que se considere tanto seus fins econômicos como também o fim social. Ele ainda sintetiza:

[...] O princípio da função social da empresa é metanorma que tem essa matriz, demandando seja considerado o interesse da sociedade, organizada em Estado, sobre todas as atividades econômicas, mesmo sendo privadas e, destarte, submetida ao regime jurídico privado. Embora tenha essa finalidade imediata de remunerar o capital nela investido, atendendo o interesse de seu titular ou dos sócios do ente (sociedade) que a titulariza, a atividade negocial atende igualmente ao restante da sociedade. (MAMEDE, 2010, p. 53)

Logo após mostrar que há tanto interesse estatal quanto da sociedade em si em uma empresa (mediante seus fins econômicos e sociais), Mamede (2010, p. 53) diz que esse princípio da função social da empresa nos leva a focar na tão importante livre iniciativa, que não se resume ao trabalho individual de cada um buscando para si a realização de suas metas e planos pessoais, mas sim como cumpridora de um papel digno e importante na sociedade. Por isso, conclui-se que “o princípio também exige a atenção à atividade em si, percebendo-a como unidade de uma estrutura, um sistema no qual todas as atividades se combinam a bem da sociedade”, ressalta Mamede (2010, p. 54).

É notável que a recuperação de empresas, seguindo o princípio da função social da empresa, se dá no tocante à garantia da proteção dada não somente à empresa em si ou ao seu titular, mas também a “proteção da comunidade e do Estado que a beneficiam – no mínimo indiretamente – com a produção de riquezas” (MAMEDE, 2010, p. 54). Com isso, acaba não se limitando a função social da propriedade dos bens organizados que compõe o estabelecimento, mas sim a um contexto de coletividade.

Vemos assim, que a função social da empresa nos remete primeiramente a proteção de sua atividade econômica. Ao analisarmos mais profundamente, percebemos que o sentido é muito mais além do que simplesmente proteger a propriedade em si e todos os seus elementos. Aqui, ao defendermos a função social da empresa, não defendemos somente a organização que visa à elaboração de produtos ou serviços. Protegemos de forma direta e indireta o trabalhador que tem em seu labor sua fonte econômica e de dignidade. Uma empresa nada seria sem o trabalho humano. Por isso, vemos que os reflexos da função social

da empresa são vistos em toda a sociedade, em termos econômicos e de caráter social.

Por fim, Mamede (2010, p. 57 e 58) nos introduz ao próximo princípio: o da preservação da empresa, assim nos dizendo:

Corolário do princípio da função social da empresa é o princípio da preservação da empresa, metaroma que é diretamente decorrente daquela anterior: é preciso preservar a empresa para que ela cumpra sua função social. Pontua-se assim, a existência de um interesse público na preservação da estrutura e da atividade empresarial, isto é, na continuidade das atividades de produção de riquezas pela circulação de bens ou prestação de serviços, certo que a empresa atende não apenas aos interesses do seu titular, de seus sócios (se sociedade empresarial), e de seus parceiros negociais.

[...]

O Código Civil reflete o princípio da preservação da empresa chegando a permitir que o incapaz continue a empresa após a interdição civil ou após a sucessão hereditária. O mesmo se diga do artigo 1.033, IV, a permitir unicidade de sócios pelo prazo de 180 dias, evitando-se, assim, a dissolução da sociedade.

Aqui, percebemos que a função social da empresa, para ser efetiva, necessita da preservação da mesma.

5.6 Do princípio da Preservação da Empresa

O princípio da preservação da empresa tem grande ligação com o princípio da função social da empresa. Acerca da recuperação judicial, nosso ponto de partida deve pressupor que não é suficiente que uma empresa tenha vontade em recuperar-se. “Nem toda empresa merece ou deve ser recuperada” – segundo pontuação de Coelho (2012, p. 273). É preciso também, que ela se enquadre nos requisitos legais e que tenha viabilidade para que a concessão do plano seja dada.

O processo de recuperação é custoso não somente para a empresa, mas perante toda a sociedade que suporta os efeitos econômicos que a empresa gera com sua crise. As empresas viáveis são interessantes para o mercado e por isto recebem auxílio deste, enquanto que as inviáveis, por sua vez, não devem ter ao menos a possibilidade de recuperar, visto que sua continuação não contribui com mão

de obra ou produtos e serviços, devendo ser assim excluídas deste contexto. Abrevia Coelho:

Mas se é a sociedade brasileira como um todo que arca, em última instância, com os custos da recuperação das empresas, é necessário que o Judiciário seja criterioso ao definir quais merecem ser recuperadas. Não se pode erigir a recuperação das empresas a um valor absoluto. Não é qualquer empresa que deve ser salva a qualquer custo. Em muitos casos — eu diria, na expressiva maioria deles —, se a crise não encontrou uma solução de mercado, o melhor para todos é a falência, com a realocação em outras atividades econômicas produtivas dos recursos materiais e humanos anteriormente empregados na da falida. (ULHOA, 2012, p. 273-274)

Segundo Coelho, o poder Judiciário fará a análise da importância social da empresa, da mão de obra e da tecnologia nela empregada, do volume do ativo e do passivo, do tempo de funcionamento da empresa, e por fim, do porte econômico desta. Assim, em outra obra, Coelho (2013, t. 98, p. 112) pontua, que desta forma, podemos entender que a recuperação da empresa não é realizada de modo desenfreado, concedida a toda e qualquer empresa, buscado a qualquer custo; “pelo contrário, as más empresas devem falir para que as boas não se prejudiquem”.

O autor ainda nos explica que esta análise parte primeiro de todos os agentes que na crise estão envolvidos. Podemos citar como exemplo os empregados que por motivo da crise não recebam seus salários de forma correta, investidores que não tem recebido o retorno financeiro adequado, ou ainda aos fornecedores e consumidores que tem sua relação prejudicada devido à instabilidade econômica da empresa. Essa análise, porém, não fica somente no âmbito dos envolvidos diretamente na crise. O poder Judiciário tem também o importante trabalho de intervir para que se verifique se realmente a empresa em crise deve ou não ser recuperada. Assim bem sintetiza Coelho (2013, t. 98, p. 113):

Se nenhum empreendedor ou investidor viu nela uma alternativa atraente de investimento, e a recapitalização e a reorganização do negócio não estimulam nem mesmo os seus atuais donos, então o encerramento da atividade, com a realocação dos recursos nela existentes, é o que mais atende a economia. Quando não há solução de mercado, aparentemente não se justificaria a intervenção do Estado (Poder Judiciário) na tentativa de recuperação da empresa. (...) Não é bem assim, contudo. Quando as estruturas do sistema econômico não funcionam convenientemente, a solução de mercado simplesmente não ocorre. Nesse caso, o Estado deve

intervir, por intermédio do Poder Judiciário, para zelar pelos vários interesses que gravitam em torno da empresa (dos empregados, consumidores, Fisco, comunidade etc.). Exemplo característico da disfunção do sistema é o do valor idiossincrático da empresa.

A exemplo disso, temos o caso da empresa de aviação comercial “VASP”. A ementa que convola a recuperação judicial da empresa em falência, demonstra que a tentativa de recuperação não foi eficaz. Não havendo viabilidade para a continuação da mesma, é inequívoca a decisão do Estado em decretar sua falência. Como a Min. Relatora Nancy Andrighi demonstra em seu voto, não havia viabilidade da empresa em continuar suas atividades, deixando ao Estado a única solução cabível: a falência. Vejamos:

DIREITO FALIMENTAR. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONVOLAÇÃO EM FALÊNCIA. ARTS. 61, §1º, 73 E 94, III, “g”, DA LEI N. 11.101/2005. DESCUMPRIMENTO DO PLANO APRESENTADO PELO DEVEDOR. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS, RECONHECIDAS PELO TRIBUNA DE ORIGEM, QUE AUTORIZAM A DECRETAÇÃO DA QUEBRA. REEXAME DO SUBSTRATO FÁTICO - PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ.

1- A recuperação judicial - instituto que concretiza os fins almejados pelo princípio da preservação da empresa – constitui processo ao qual podem se submeter empresários e sociedades empresárias que atravessam situação de crise econômico-financeira, mas cuja viabilidade de soerguimento, considerados os interesses de empregados e credores, se mostre plausível. 2- Depois de concedida a recuperação, cabe ao juízo competente verificar se os objetivos traçados no plano apresentado foram levados a efeito pelo devedor, a fim de constatar a eventual ocorrência de circunstâncias fáticas que autorizam, nos termos dos arts. 61, § 1º, 73 e 94, III, "g", da Lei n. 11.101/2005, sua convolação em falência. 3- Caso se verifique a inviabilidade da manutenção da atividade produtiva e dos interesses correlatos (trabalhistas, fiscais, creditícios etc.), a própria Lei de Falências e Recuperação de Empresas impõe a promoção imediata de sua liquidação - sem que isso implique violação ao princípio da preservação empresa, inserto em seu art. 47 - mediante um procedimento que se propõe célere e eficiente, no intuito de se evitar o agravamento da situação, sobretudo, dos já lesados direitos de credores e empregados. 4- O Tribunal de origem, soberano na análise do acervo fático-probatório que integra o processo, reconheceu, no particular, que: (i) o princípio da preservação da empresa foi respeitado; (ii) a recorrente não possui condições econômicas e financeiras para manter sua atividade; (iii) não existem, nos autos, quaisquer elementos que demonstrem a ocorrência de nulidade dos votos proferidos na assembleia de credores; (iv) nenhuma das obrigações constantes do plano de recuperação judicial apresentado pela devedora foi cumprida. 5- De acordo com o entendimento consagrado no enunciado n. 7 da Súmula/STJ, as premissas fáticas assentadas no acórdão recorrido - que autorizam, na hipótese, a convolação da recuperação judicial em falência - não podem ser alteradas por esta Corte Superior. 6- Recurso especial não provido.

Essa decisão não afronta em nenhum aspecto o princípio da preservação da empresa, pois o requisito da viabilidade está sendo respeitado, entretanto, não foi preenchido no caso concreto. Por isso, a preservação da empresa por meio da recuperação judicial é um valor que deve ser buscado, mas não a qualquer custo, e sim com uma análise completa da situação ocorrida no caso concreto. Por vezes, a falência se mostra como uma efetiva forma de aplicação da preservação da empresa.

Também discorre Mamede (2010, p. 58) no mesmo sentido ao assegurar que o princípio da preservação da empresa é deveras essencial. Ele ressalva, porém, que este não é absoluto. “Não se traduz por um impedimento de que as atividades empresariais sejam encerradas”, assim discorre. Ao contrário disso, devemos reconhecer que é algo comum que as empresas encerrem sua (s) atividade (s). Essa análise deve ter como percepção “os impactos do encerramento das atividades de uma empresa, a implicar um juízo de valor”. O autor ensina:

A constatação da relevância da empresa para a comunidade é apenas o ponto de partida na aplicação do princípio da preservação empresarial. É igualmente fundamental verificar-se se tal continuidade é juridicamente possível, o que nem sempre ocorre. (...) A investigação da possibilidade jurídica do ato (ou procedimento) preservacional remete o jurista, não raro, para a pesquisa das atribuições constitucionais e legais dos órgãos estatais ou das pessoas privadas, aferindo-lhes o poder e a competência para a iniciativa jurídica necessária. (MAMEDE, 2010, p. 59)

E ainda:

[...] Por isso, a crise econômico-financeira da empresa é tratada juridicamente como um desafio passível de recuperação, ainda que se cuide de atividade privada, regida por regime jurídico privado. Como se só não bastasse, a previsão de um regime jurídico para a recuperação da empresa decorre, igualmente, da percepção dos amplos riscos a que estão submetidas as atividades econômicas e seu amplo número de relações negociais, para além de sua exposição ao mercado e seus revezes constantes. (MAMEDE, 2012, p. 118)

Percebemos que a preservação da atividade empresarial não é um pressuposto que possa ser facilmente aplicável. Para que haja uma adequação entre o princípio e a realidade da empresa, quem estiver responsável pelo processo de recuperação judicial tem em suas mãos um assunto de extrema importância e que requer muita cautela ao ser analisado, para que não se cometa equívocos. Waldo Fazzio Júnior explica essa preocupação:

A conservação da atividade comercial é o ponto mais delicada do regime jurídico da insolvência. Ao contrário da concepção cirúrgica adotada na extinta LFC, pretende-se com a LRE, na medida do possível, priorizar a recuperação sobre a liquidação. Só deve ser liquidada a empresa inviável, ou seja, aquela que não comporta uma reorganização eficiente ou não justifica o desejável resgate. (FAZZIO JR., 2010, p. 21):

Waldo Fazzio Júnior (2010, p. 21) continua seu raciocínio explicando também que esta preservação da empresa não significa que devemos mantê-la exatamente nos moldes em que se encontra. “Não significa a preservação do empresário ou dos administradores da sociedade empresária”, concretiza. Ao preservarmos a empresa buscamos protegê-la e ao cuidarmos da atividade produtiva para que esta não se perca desnecessariamente, muitas vezes os interesses envolvidos devem ser afastados para que o objetivo principal seja atingido. Diz Waldo Fazzio Júnior (2010, p. 21) que “a separação entre a sorte da empresa e de seus titulares apresenta-se, às vezes, como o caminho mais proveitoso no sentido de uma solução justa e eficaz para a conjuntura jurídico-econômica da insolvência”, nos levando a compreender que a preservação da empresa em si é deveras mais importante do que a de seus administradores ou titulares. Por isso, o autor conclui (2010, p. 21):

O princípio da conservação da empresa parte da constatação de que a empresa representa “um valor objetivo de organização que deve ser preservado, pois toda a crise da empresa causa um prejuízo à comunidade”. (LOBO, 1996, p.6)

O objetivo econômico da preservação da empresa deve preponderar, em regra, sobre o objetivo jurídico da satisfação do título executivo, se este for considerado apenas como a realização de pretensão singular.

Também ressalta Mamede (2010, p. 58) que é errado compreendermos que o princípio da preservação da empresa é uma “afirmação absoluta de proteção ao patrimônio, aos interesses e aos atos do empresário ou da sociedade empresária, por seus administradores e/ou sócios”. Ele continua:

Pelo contrário, a conservação da empresa deve ser pensada e considerada mesmo apesar de seu titular, quando isso se fizer necessário e, concomitantemente, juridicamente possível, a exemplo da transferência da empresa na falência, a nomeação de gestor judicial na recuperação de empresas ou, ainda, na hipótese de desapropriação da empresa. (MAMEDE, p. 58)

Entendemos assim que a preservação da empresa nem sempre preserva seus administradores. Por outro lado, um dos objetivos deste princípio que estamos analisando, é propiciar a manutenção do emprego dos trabalhadores. Conservar o emprego desses trabalhadores é uma das principais metas, tendo em vista a crise econômica que nosso país enfrenta nos últimos anos. Logicamente, não há como se falar em preservação de emprego sem que ocorra preservação da empresa. Assim, Mamede (2012, p. 119) comenta:

A preservação dos empregos dos trabalhadores, assim como a atenção aos interesses dos credores, compreendem-se como grandezas de segunda e terceira ordem, respectivamente. Aliás, não poderia haver preservação de postos de trabalho se a fonte produtora (a empresa) não fosse preservada. Nesse sentido decidiu a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante do Agravo Regimental no Conflito de Competência 86.594/SP: “A recuperação judicial tem como finalidade precípua o soerguimento da empresa mediante o cumprimento do plano de recuperação, salvaguardando a atividade econômica e os empregos que ela gera, além de garantir, em última ratio, a satisfação dos credores”.

O trabalho do homem é não somente um meio de sobrevivência dele e de sua família. Além de propiciar o valor para manter-se uma vida digna – infelizmente, nem sempre assim ocorrendo –, o trabalho tem papel fundamental de dar engrandecimento moral ao ser humano. A máxima “o trabalho engrandece o homem” é exatamente a definição que buscamos para tentar definir a importância social e individual do trabalho. Assim defende Mauricio Godinho Delgado (2016, p. 86):

A conquista e afirmação da dignidade da pessoa humana não podem mais se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural –, o que se faz, de maneira geral, considerando o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante trabalho e, particularmente, o emprego, normatizado pelo Direito do Trabalho.

Percebemos tamanha importância ao nos depararmos com o que descreve a Constituição Federal:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Perante o exposto, é notável que a preservação da empresa se transmuda de tão somente princípio da recuperação judicial e alcança também um patamar social. Manter uma empresa que tem potencial em funcionamento, apesar de sua crise, nos mostra que o interesse econômico – o que primeiro se analisa – não se mostra sozinho diante do operador do direito que analisará a concessão do plano ou homologação de acordo extrajudicial de recuperação. Como exposto anteriormente, a proteção ao trabalhador, à busca do pleno emprego e dos valores sociais do trabalho também são fundamentos que pesam ao olhar do magistrado. Concluindo que a empresa é a concretização do funcionamento da economia, por assim se fazer presente e tornar possível a movimentação de diversas áreas, sintetiza Amador Paes de Almeida (p. 15) apud Maria Helena Diniz (2009, p. 25):

A empresa, portanto, é o núcleo convergente de vários interesses, que realçam sua importância econômico-social, como: lucro do empresário e da sociedade empresária que assegura a sua sobrevivência e a melhora de salários e enseja a criação de novos empregos e a formação de mão-de-obra qualificada; salário do trabalhador, permitindo sua sobrevivência e a de sua família; tributos, possibilitando a consecução das finalidades do poder público e a manutenção do Estado.

Conseguimos por fim enxergar que cada princípio da recuperação de empresas tem em sua essência uma interligação, de forma que para que se alcance uma recuperação justa, sem prejudicar nenhuma parte envolvida, devendo todos ser analisados de forma conjunta, propiciando uma recuperação de empresas efetiva.

5.7 Efetividade do princípio da preservação da empresa

Ao mencionarmos a efetividade do princípio preservação da empresa, precisamos primeiro entender que a Constituição Federal não reconhece este princípio expressamente, assim como vimos com a função social da empresa (implícita no conceito de função social da propriedade). Isto, porém, não significa que não seja por ela compreendido e que não tenha respaldo constitucional.

O princípio da preservação da empresa se encontra na junção de três princípios da ordem econômica: a função social da propriedade, a livre concorrência e a busca do pleno emprego, previstos na Constituição Federal, artigo 170, I-IX. Trata-se de um princípio de extrema importância para a recuperação judicial, e que depende uma interpretação teleológica e sistemática da função social da propriedade. Assim explica o autor Farracha:

A preservação da empresa como princípio constitucional, porém, não deriva exclusivamente do princípio da busca do pleno emprego (CF/88, art. 170, VIII), mas também, do fato de que a Constituição Federal, dentre os princípios gerais da atividade econômica, estabelece a função social da propriedade (CF/88, art. 170, III), o que não tolera a extinção de empresas produtivas, sob pena de não atender aos interesses coletivos, mas, tão-somente, aos individuais e patrimoniais dos seus titulares. (FARRACHA, 2006, p. 26)

Por isso, é estabelecido a intensa ligação entre a recuperação de empresas e o princípio da preservação das empresas. É ele que dá respaldo a todos os motivos que levam ao operador do direito a decidir pela recuperação de uma empresa em crise.

A Lei de Recuperação e Falências em vigor busca evitar que as unidades produtivas desapareçam, conforme dispõe seu art. 47. Assim como visto, não se pode aceitar que um mecanismo indiscriminado seja posto em funcionamento para manter

qualquer atividade econômica (VASCONCELOS, 2008, p. 125). Ainda que a preservação da empresa seja um princípio consagrado, ele não deverá ser aplicado a todos os casos, mostrando-se a efetividade deste em justamente nortear o legislador em distinguir quais casos que ensejam a recuperação.

De acordo com Vasconcelos (2008, p. 126), deve-se ter em mente também que a recuperação só será efetiva se os custos sociais e econômicos com a preservação da empresa forem menores que sua rápida liquidação, onde a real viabilidade da empresa é a única capaz de legitimar a aplicação de um plano visando sua recuperação.

A Lei n. 11.101/2005 deve ser interpretada visando um ambiente formal de negociação e de cooperação, de forma a estimular uma cooperação e negociação entre credor e devedor, para isso sendo necessário um estabelecimento de incentivos corretos, a partir de um balanceamento adequado dos direitos do devedor e das classes de credores, através de uma justa distribuição de riscos. (VASCONCELOS, 2008, p. 127).

Pimenta (2006, p. 84) discorre sobre os possíveis limites à eficiência da recuperação de empresas sob incidência da Lei n. 11.101/2005. O autor comenta que a nova legislação falimentar aguçou as expectativas entre os empresários e seus credores, gerando curiosidade por parte dos advogados, juízes e promotores da área, e até de governantes e congressistas, que viam na nova Lei uma possibilidade de se reestabelecer a credibilidade perdida pelos institutos anteriores.

É observado, porém, que apesar dos grandes avanços trazidos pela Lei n. 11.101/2005 e da forte influência do princípio da preservação da empresa, não se deve esperar dessa legislação a única via capaz de modificar a administração judicial da crise econômico-financeira de empresários, analisando algumas situações.

A primeira delas mostra que a experiência estrangeira com estes institutos é a “pedra fundamental” da nova Lei. Até mesmo a legislação norte-americana, inspirada em países como Reino Unido, França, Alemanha e Japão não conseguiu se desvencilhar das críticas. Em países como Itália, Espanha e Portugal, referência no tocante de legislação falimentar, não foi possível esconder a frustração quanto aos institutos, demonstrando assim que não é possível mudar a realidade social simplesmente alterando normas, sem adotar medidas de caráter mais profundo

e estrutural. (PIMENTA, 2006, p. 85). Essa observação é salientada por Oliver Hart (p. 1,2) apud Pimenta (2006, p. 86)

É importante reconhecer que a reforma da falência não deve ser vista isoladamente; é preciso combinar isto com alterações legais e outras reformas, ex.: o treinamento de juízes, o desenvolvimento da governança cooperativa e o fortalecimento dos direitos dos investidores, e possivelmente até mesmo mudanças no sistema financeiro internacional.

É importante destacar o imprescindível e fundamental papel da jurisprudência dos Tribunais na aplicação e sedimentação do princípio da preservação da empresa e também dos demais institutos próprios da Lei n. 11.101/2005 que possibilitam o soerguimento das empresas recuperáveis. Deve-se sempre ter em mente que por se tratar de matéria multidisciplinar e de ordem eminentemente prática, as soluções adequadas ao caso concreto muitas vezes não poderão ser encontradas de forma direta e objetiva na letra da lei, solicitando do magistrado uma interpretação da norma conforme os princípios da legislação, de acordo com os limites impostos pelo ordenamento e das necessidades práticas do devedor em estado de crise.

Como exemplo, citamos a o recurso especial não provido de decretação de falência no Recurso Especial n. 1023172 SP 2008/0012014-0 por ser o valor do débito considerado ínfimo. Segue a ementa:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE FALÊNCIA AJUIZADA SOB AÉGIDE DO DECRETO-LEI 7.661/1945. IMPONTUALIDADE. DÉBITO DE VALOR ÍNFIMO. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.

1. O princípio da preservação da empresa cumpre preceito da norma maior, refletindo, por conseguinte, a vontade do poder constituinte originário, de modo que refogue à noção de razoabilidade a possibilidade de valores inexpressivos provocarem a quebra da sociedade comercial, em detrimento da satisfação de dívida que não ostenta valor compatível com a repercussão sócio-econômica da decretação da quebra.
2. A decretação da falência, ainda que o pedido tenha sido formulado sob a sistemática do Decreto-Lei 7.661/45, deve observar o valor mínimo exigido pelo art. 94 da Lei 11.101/2005, privilegiando-se o princípio da preservação da empresa. Precedentes.
3. Recurso especial não provido.

Também, quanto ao conflito de competência, há julgados no sentido de comprovar a efetividade do princípio da preservação da empresa, como no caso do Agravo Regimental no CC 115275 GO 2010/0226794-5:

AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O CUMPRIMENTO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO E A MANUTENÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL QUE CORRE NO JUÍZO TRABALHISTA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A arguição incidental de inconstitucionalidade deve ser provocada pela parte no primeiro momento que comporte manifestação dos interessados nos autos, caso contrário, fica obstada pela preclusão consumativa.

2. "Apesar de a execução fiscal não se suspender em face do deferimento do pedido de recuperação judicial (art. 6º, § 7º, da LF n. 11.101/05, art. 187 do CTN e art. 29 da LF n. 6.830/80), submetem-se ao crivo do juízo universal os atos de alienação voltados contra o patrimônio social das sociedades empresárias em recuperação, em homenagem ao princípio da preservação da empresa." (CC 114987/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/03/2011, DJe 23/03/2011).

3. Agravo regimental não provido.

Os casos acima mostram a efetiva cooperação entre a Lei n. 11.101/2005 e o princípio da preservação da empresa, de modo que para que ocorra a recuperação de empresas plena, é necessário esse ativismo judicial no sentido de aplicar a Lei juntamente com o princípio.

Ao voltarmos os olhos para o Brasil, existem de acordo com Pimenta (2006, p. 86) três exemplos de empresários cujas empresas se comportam de tal forma que possivelmente a efetividade da nova Lei não os alcançará.

Quanto aos empresários que tem a insolvência provocada por condutas fraudulentas, não parece justificável recuperar esse empreendimento vitimado pela má-fé de seus titulares, tanto do ponto de vista econômico quanto de justiça, cabendo ao legislador estipular e ao Judiciário cumprir medidas para sancionar rigorosamente essas condutas (PIMENTA, 2006, p. 87).

É reconhecido também que para uma economia mais competitiva e avançada tecnologicamente, o empresário depende da qualificação técnica e da

competência pessoal de seus sócios e gestores para ter um desempenho satisfatório. No Brasil, a maioria dos que estão à frente de micro e pequenos negócios, não tem experiência nem preparo profissional. Assim, de acordo com Pimenta (2006, p. 87), é inócuo a recuperação judicial destas empresas constituídas e/ou geridas por pessoal sem capacitação profissional e pessoal, onde a inviabilidade aqui não resulta de uma crise circunstancial ou sanável, mas de fatores estruturais e endêmicos, não justificando e muito menos propiciando a efetividade da Lei n. 11.101/2005. Sintetizando:

É preciso compreender que às pessoas sem formação técnica ou profissional para serem titulares de empresa devem ser dadas outras – e mais adequadas – oportunidades de trabalho. Sujeitar pessoas com esse perfil às diuturnas dificuldades do exercício da empresa por conta própria sem proporcionar-lhes a devida preparação é fingir que se está dando opções a uma massa de trabalhadores que não foram devidamente absorvidos pelo mercado. (PIMENTA, 2006, p. 87)

Por último, os empresários de pequeno e médio porte que, embora sejam capacitados e exerçam sua atividade pautados na boa-fé, podem ser levados à situação de crise econômica por fatores que independem de seu gerenciamento. Pimenta (2006, p. 88) cita como exemplo uma excessiva carga tributária ou de encargos trabalhistas, altas taxas de juros cobradas por instituições financeiras fornecedoras de capital e possíveis flutuações na economia do país ou na política estatal. Diante dessas situações, o autor diz não parecer o instituto da recuperação de empresas o mais eficaz.

Nessas hipóteses, percebemos que muitas vezes temos a viabilidade da empresa como fator que ensejaria a recuperação e que a preservação da empresa se encontra a florada. Entretanto, a constante exposição a fatores externos que comprometem essa atividade são fatores que muitas vezes inviabilizam esse reerguimento.

Dessa forma, se não forem aliados a Lei forças para combater esses fatores externos e se o princípio da preservação da empresa não for analisado de maneira correta, a recuperação de empresas será recorrente, porém não eficiente. Diante do caso concreto em confronto com o princípio da eficiência, será possível

identificar ou não o sistema falimentar como agente realizador da preservação da empresa.

6. CONCLUSÃO

Uma sociedade empresária em crise e assolada por diversas dificuldades advindas da insuficiência em pagar suas dívidas, causa transtornos em diversas áreas da sociedade para a sociedade. Por outro lado, sua eventual falência traz consequências inestimáveis, tais como fechamento de postos de trabalho, diminuição do círculo econômico, queda das exportações, redução da concorrência e de recolhimentos de tributos.

A organização empresarial é de extrema importância para a sociedade, onde o próprio ordenamento jurídico positiva a função social da empresa e por lógica, sua preservação, de modo que uma possível extinção dessa unidade produtiva traz consequências negativas para todo o conjunto social, inclusive para o próprio Estado.

De acordo com o antigo Decreto Lei n. 7.661/75, que vigorou no ordenamento jurídico brasileiro por mais de meio século, não eram esperados resultados satisfatórios, onde a extinção de empresas em crise acarretava em inúmeros prejuízos como os acima citados. Em razão da evolução social e econômica, foi aprovada a Lei n. 11.101/2005, que trouxe com norte os princípios constitucionais, ainda que implícitos, da função social e o da preservação da empresa.

Diante disso, a Lei de Falência e de Recuperação de Empresas, n. 11.101/2005, propicia um ambiente de acordos e cooperações entre devedores, credores e Poder Judiciário para juntos encontrarem meios legais (e também extrajudiciais) e efetivos para que a condição econômico-financeira da empresa em dificuldades seja reestabelecida. A nova Lei prima por uma tentativa de recuperação da empresa antes desta ser liquidada imediatamente.

Conseguimos observar com a análise do presente trabalho o papel fundamental da recuperação da empresa, em razão de sua função social e sua manutenção na sociedade. A falência de uma sociedade empresária traz prejuízos aos sócios, empresários, trabalhadores, fornecedores e de todas as áreas ligadas à economia. Assim, ao entender os fatores que levaram a empresa à crise e aplicando os princípios norteadores da recuperação, levando em conta principalmente a efetividade da preservação da empresa e apresentando a sociedade empresária

justificativas que mostrem a necessidade do instituto, poderá esta ser reestruturada e superada sua crise, para que se volte a exercer sua atividade normalmente.

Concluimos com o presente trabalho tamanha importância da recuperação de empresa, principalmente em meio à crise econômica que pesa sobre o país. Demonstramos sua efetividade por meio das decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça e Superior Tribunal de Justiça, que observando os princípios norteadores, principalmente o da preservação da empresa, garantem uma efetiva recuperação às sociedades empresárias que assim necessitam e fazem jus a ela.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Suhrkamp Verlag, 1986 [tradução de Virgílio Afonso da Silva] da 5ª ed. Alemã Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag (2006).

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa / Amador Paes de Almeida – 26 ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.**

BRASIL, Código Civil. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 1a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____, Código Comercial (1850). **Lei n. 556, de 25 de junho de 1850**. Brasília, DF: Senado, 1850.

_____, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Decreto-lei n. 7.661 de 21 de junho de 1945**. Lei de falências. Planalto. Rio de Janeiro. Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7661.htm>. Acesso em 2017.

_____, **Ministério da Educação e Cultura**. Desenvolvido pelo Governo Federal, 2016. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/pronatec>. Acesso em 23 de abril de 2017.

_____, **Lei nº 11101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível na Internet: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em 04 de março de 2017.

_____, Superior Tribunal de Justiça. STJ – **Recurso Especial nº 1023172 SP 2008/0012014-0**. Processo Civil. Recurso Especial. Ação De Falência Ajuizada Sob Aégide Do Decreto-Lei 7.661/1945. Impontualidade. Débito De Valor Ínfimo. Princípio Da Preservação Da Empresa. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 19/04/2012, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 15/05/2012.

_____, Superior Tribunal de Justiça. STJ – **Recurso Especial nº 1.299.981 - SP (2011/0304000-4)**. Relator: Nancy Andrichi, Data de Julgamento: 06/08/2013, 3ª TURMA, Data de Publicação: 11/06/2013.

_____, Superior Tribunal de Justiça. STJ – **Agravo Regimental n. CC: 115275 GO 2010/0226794-5**. Agravo Regimental No Conflito Positivo De Competência. Recuperação judicial. Princípio Da Preservação Da Empresa. Função Social Da empresa. Incompatibilidade Entre O Cumprimento Do Plano De recuperação E A Manutenção De Execução Fiscal Que Corre No Juízo Trabalhista. Competência Do Juízo Universal. Decisão Mantida Por seus Próprios Fundamentos. Agravo Regimental Não Provido. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 14/09/2011, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 07/10/2011

CARNEIRO, Ricardo. **Crise econômica: como chegamos aqui e como superá-la**. Carta Capital, 30 de janeiro de 2017. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/economia/crise-economica-como-chegamos-ate-aqui-e-como-supera-la>. Acesso em 14 de setembro de 2017.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **A preservação da empresa no novo código civil**. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2006, orientador: Eduardo de Oliveira Leite. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/4802/TeseFinal.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em 28 de março de 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 3 : direito de empresa**. Fábio Ulhoa Coelho. — 13. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas** / Fábio Ulhoa Coelho. 9ª ed. — São Paulo: Saraiva, 2013.

_____, **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas** / Fábio Ulhoa Coelho. 8ª ed. — São Paulo: Saraiva, 2011.

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

CORONATO; Marcos. OLIVEIRA; Grazielle. **Como o Brasil entrou, sozinho, na pior crise da história**. Época Globo, 04 de abril de 2016. Disponível em:

<http://epoca.globo.com/ideias/noticia/2016/04/como-o-brasil-entrou-sozinho-na-pior-crise-da-historia.html>. Acesso em 14 de setembro de 2017.

COSTA, Elder Lisbôa Ferreira da. **História do Direito: de Roma à história do povo hebreu muçulmano: a evolução do direito antigo à compreensão do pensamento jurídico contemporâneo / Elder Lisbôa Ferreira da Costa** . – Belém: Unama, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 8: direito de empresa**, 2 ed. Reformulada – São Paulo: Saraiva, 2009.

DE LUCCA, Newton e SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenação) – **Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências** – São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho / Mauricio Godinho Delgado**. 15 ed. – São Paulo: LTr, 2016.

DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. **As fases da recuperação judicial**. Carlos Eduardo Domingos. – Curitiba: J.M. Livraria Jurídica, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério / Ronald Dworkin**; tradução Nelson Boeira – 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007. – (Justiça e direito).

FARIA, Bento de. **Direito Comercial IV: falência e concordatas**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas / Waldo Fazzio Júnior**. 5 ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

GONÇALVES, Maria Gabriela Venturoti Perrotta Rios. **Direito Falimentar**/Maria Gabriela Venturoti Perrotta Rios. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios Gonçalves. – 3 ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2010. – (Coleção sinopses jurídicas).

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 16 ed. Revista e atualizada, 2014.

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito** / Hans Kelsen; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. – São Paulo : Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior).

LACERDA, José Candido Sampaio de. **Manual de direito falimentar**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971. p. 27.

LALIER, Lucas Miguel. **A aplicação do princípio da preservação da empresa na recuperação judicial/ Lucas Miguel Lalier**; orientador: Prof. Ms. Adriano de Oliveira Martins. Marília, SP: [s.n], 2014. 64f.

MACHADO, Rubens Approbato (coord.) – **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas** – 2ª edição – São Paulo: Quartier, 2007. *José Marcelo Martins Proença,

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**, volume , 4 ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**, volume 4, 2 ed. – São Paulo: Atlas, 2008.

_____, **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**, volume 4, 5 ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

MÉJAN, Luís Manuel C.. **Las Bases de un Derecho Concursal**. Luis Manuel C. Méjan. Disponível em www.ifecom.cjf.gob.mx/. Acesso em 05 de outubro de 2017.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito** / Paulo Nader – 36.ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/Krcavalcante/2014-introducao-aoestudododireitopaulonader>. Acesso em 03 de maio de 2017.

NEGRÃO, Ricardo. **Direito empresarial : estudo unificado / Ricardo Negrão**. — 5. ed. rev. — São Paulo : Saraiva, 2014. Bibliografia. 1. Direito empresarial 2. Direito empresarial - Brasil I. Título. CDU-34:338.93(81)

_____, **Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências : Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005** / Ricardo Negrão. – 4. ed. – São Paulo : Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Eliane. **Recessão gera mudanças de hábitos de consumo na população**. O Globo, 25 de agosto de 2016. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/recessao-gera-mudancas-de-habitos-de-consumo-na-populacao-19991966#ixzz4lw1rNM00>. Acesso em 14 de setembro de 2017.

PERIN JUNIOR, Ecio. **Curso de direito falimentar: atualizado de acordo com o novo código civil (Lei 10.406/2002)** / Ecio Perin Junior. 2ª ed. rev. atual. E ampliada – São Paulo: Editora Método, 2004.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências / Eduardo Goulart Pimenta**. – São Paulo: IOB Thomson, 2006.

PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes e SOUSA JÚNIOR, Francisco. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005 – Artigo por artigo / coordenação Francisco Satiro de Sousa Júnior; Antonio Sérgio A. de Moraes Pitombo**. – 2 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; 2007.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.06-07.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Fabris, 1999-2003. 88 p.

SANTOS, Lisandra Baba dos. **A Efetividade da Recuperação Judicial no Ordenamento Jurídico Brasileiro**; orientador: Prof. Adriano de Oliveira Martins. Marília, SP: [s.n.], 2016.

SANTOS, Paulo Penalva. **Comentários à Lei de Falências**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SCALZI; João Pedro, SILVA, Rodrigo Tellechea e SPINELLI, Luis Felipe. **O regime especial da lei 11.101/05 para as microempresas e empresas de pequeno porte**. Publicado em 16 de Novembro de 2011. Disponível em: http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1202. Acesso em 03 de outubro de 2017.

SEBRAE. **Entenda as diferenças entre microempresa, pequena empresa e MEI.** Disponível em: <https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/entenda-as-diferencas-entre-microempresa-pequena-empresa-e-mei,03f5438af1c92410VgnVCM100000b272010aRCRD>. Acesso em 19 de setembro de 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 22^a ed. – São Paulo: Malheiros, 2003.

VASCONCELOS, Ronaldo – **Direito Processual Falimentar (de acordo com a lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005)** – São Paulo: Quartier Latin, 2008.

VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.