

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRASIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE EMPRESAS**

Rafael Aragos

Presidente Prudente/SP  
2008

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRASIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE EMPRESAS**

Rafael Aragos

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

Presidente Prudente/SP  
2007

# **RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE EMPRESAS**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como  
requisito parcial para a obtenção do grau de  
Bacharel em Direito

Dr. Edson Freitas de Oliveira  
Orientador

Dra. Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes  
Examinadora

Dr. Marco Antonio Baroni Gianvecchio  
Examinador

Presidente Prudente, 1º. de março de 2008.

O Senhor é meu pastor, nada me faltará.  
(Salmo 22)  
Aquele que não ama não conhece a Deus, pois  
Deus é Amor. (1 João 4:8)

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente, a Deus, por todas graças e oportunidades, nesta ocasião e de modo especial por conceder-me: força, ânimo, dedicação e saúde na realização do presente trabalho de monografia.

Aos meus pais, Valdecir e Cirlene, que, em toda minha vida, procuraram sempre me oferecer o melhor que podiam, nunca medindo sacrifícios, custos, nem tampouco esforços, sempre me apoiando na busca de meus objetivos e, principalmente, na conquista da conclusão do curso de Direito.

Às minhas irmãs, Regina e Rosicler, embora ainda muito jovens, já me apóiam, trazem grande alegria para o nosso lar e acabam, cada vez mais, estimulando-me na caminhada acadêmica.

Aos amigos acadêmicos que são, sem dúvida, um dos pilares mais importantes na minha vida, pessoas que tive o privilégio de conhecer e os terei comigo pelo resto da vida, o imenso prazer de compartilhar suas amizades.

A todos os outros amigos, vindos de longa data, que de uma ou outra forma, sempre estiveram prontos a me ajudar a vencer todos os obstáculos, também, sem medir esforços.

Ao professor, amigo e orientador, Edson Freitas de Oliveira, pela grande ajuda, incentivo e paciência na elaboração desta monografia.

Não poderia deixar de agradecer a todos os demais professores da casa, dos quais tive oportunidade de ser aluno e com quem aprendi os primeiros e mais importantes passos da Ciência do Direito, sempre com qualidade de ensino. Ficam, aqui, meus sinceros agradecimentos a todos.

Por fim, mas não menos importantes, agradeço ainda a todas as demais pessoas que, de alguma forma, participaram da minha vida e contribuíram para a realização deste trabalho.

## RESUMO

O presente trabalho trata da recuperação extrajudicial de empresas, visando a aperfeiçoar tal instituto como ferramenta eficaz e, potencialmente, capaz de reestruturar as dívidas e os vencimentos de uma empresa, trazendo de volta a saúde financeira e a superação da crise empresarial. Faz-se, inicialmente, uma retrospectiva da parte histórica; após, explanam-se as noções de crise, insolvência, falência, passando a discorrer acerca da recuperação extrajudicial, mostrando, pormenorizadamente como proceder no plano da recuperação, em relação a como reunir os credores, propor o plano, discuti-lo e homologá-lo. Além de apontar as várias formas de alcançar a recuperação pelo meio extrajudicial, dedicamo-nos, ainda, a um aprofundado estudo da verificação da viabilidade da empresa, concluindo que a inviável não merece recuperação, não devendo ser mantida em funcionamento, vez que ela pode ser prejudicial às demais empresas e à toda sociedade. Abordamos, ainda, um estudo em relação aos credores envolvidos, dedicando atenção, de modo especial, aos créditos do fisco. Tratamos, superficialmente, da apropriação indébita, analisando tanto os argumentos que justificam, como os que impedem o parcelamento dessa modalidade de dívida, fazendo um comparativo de como ela é tratada na esfera civil e na penal inclusive. Por fim, concluímos que a atual lei de falências significou um grande avanço em relação ao Decreto-lei nº 7.661/45, pois aquela se aproximou mais da realidade, possibilitando a renegociação dos créditos pelo próprio devedor junto aos credores extrajudicialmente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Recuperação extrajudicial de empresas; crise; insolvência; empresa viável.

## ABSTRACT

The present study treats of the company extra judicial recuperation, and has as a target to refine this institute as an efficient tool and, potentially able to re-structure the debits and the duties of a company, bringing back the finance health and the overcoming the mercantile crisis. At the beginning was done a retrospective of the historical part; after, was explained the crisis notions, insolvency, commercial failure, and in the end was discussed the extra judicial recuperation, showing with details how to procedure in the plan of the recuperation, especially about how to reunite the creditors, to propose the plan, discuss it and also to ratify. Also shows the different ways to achieve the extra judicial recuperation, it was deepened the study about the verification of the viability of the company, concluding that it isn't business that is not viable don't deserve to be recuperated, such as be maintained because it can be prejudicial for the others and also for all the society. It was approached a study about the creditors involved, giving attention to the Union credits. Treated of the indebt appropriation, analyzing the arguments that justifies, like the ones that don't allow dividing this due, making comparing how it's treated in the civil and penal sphere. To finish, concluded that the actual commercial failure law means a big advance related to the rule nº 7661/45, because those one is nearest the reality, making possible the negotiate again the credits by the debtor with the creditors not by the Justice.

**Keywords:** Company extra judicial recuperation. Crisis. Insolvency. Viable company.

## **SUMÁRIO:**

### **RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE EMPRESAS**

#### **INTRODUÇÃO**

**1 – HISTÓRICO DA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E PRECEDENTES...**

**2 – EMPRESA EM CRISE**

**2.1 – Insolvência**

**2.2 – Noções e Conceitos de Falência**

**3 – A RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS COMO MEIO PREVENTIVO**

**4 – O “MODUS FACIEND” DA FORMULAÇÃO DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL.....**

**4.1 - Homologação Judicial Facultativa.....**

**4.2 – Homologação Judicial Obrigatória.....**

**4.2.1 – Possibilidade de Concessão Liminar da Homologação Obrigatória..**

**5 – OS CREDORES ENVOLVIDOS**

**6 – COMENTÁRIOS ACERCA DO PARCELAMENTO DE DÍVIDA FISCAL**

**6.1 – Comparativo de tratamento na esfera penal e civil acerca da apropriação Indébita de Contribuições do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)**

**6.1.1 – Argumentos contra e a favor da Inexistência de Parcelamento de Dívida Originária de Apropriação Indébita**

**7 – EMPRESAS QUE NÃO FAZEM JUS À RECUPERAÇÃO**

**7.1 - A Sociedade Brasileira Paga Pela Recuperação das Empresas**

**7.2 – Verificação da Viabilidade da Empresa**

**7.3 – A Manutenção de Empresa Inviável é Prejudicial às Demais**

**8 – CONCLUSÃO**

## INTRODUÇÃO

Até há muito pouco tempo, não havia tanta preocupação com a recuperação de empresas em estado crítico, pois tinha-se como ato de falência toda e qualquer tentativa do empresário devedor em renegociar as dívidas. Diante disso, muitos dos empresários devedores inibiam-se e preferiam não se arriscar a convocar os seus credores, com o fito de propor-lhes um plano de recuperação.

Atualmente, com a nova Lei de Falências, o ordenamento jurídico ficou mais flexível neste aspecto, não só ampliando, como, também, conferindo alternativas mais enriquecedoras ao direito falimentar. Todavia, faz-se necessário o estudo pormenorizado e uma análise crítica mais definida sobre este assunto, vez que, além de novel no concerto dos institutos jurídicos, traz inúmeras alterações aos dispositivos legais reguladores dos direitos das empresas.

Diante da importante função exercida pelas empresas, no âmbito do desenvolvimento socio-econômico do país, importa, sempre, aperfeiçoar suportes, como as recuperações judicial e extrajudicial, aptas a trazer de volta a saúde financeira e gerencial dessas empresas.

De tal modo, a vida empresarial precisa de ferramentas que lhe forneçam solução eficaz e célere aos problemas em geral e às crises inesperadas, oriundas de imprevistos decorrentes de variação na economia, inadimplemento, golpes etc.

Nesse exato sentido, direcionaremos o presente trabalho; propedeuticamente, explanaremos a parte mais histórica da recuperação de empresas; em seguida, estudaremos a empresa em crise, a insolvência, a falência e a recuperação como meio preventivo de evitar a quebra.

Ocupar-nos-emos, ainda, dos modos como se podem fazer as renegociações extrajudiciais, bem como a homologação judicial dos planos de recuperação, trazendo, à baila, uma idéia nova que consiste na antecipação da tutela para a homologação obrigatória inclusive.

Estudar-se-ão, ainda, os credores envolvidos na recuperação extrajudicial. Ato contínuo, far-se-ão comentários acerca dos parcelamentos das

dívidas fiscais, adentrando o exame do crime de apropriação indébita inclusive, para efeito de comparar o tratamento que se confere às empresas na esfera cível e penal.

Em se tratando de recuperação de empresas, impossível não se abrir um espaço generoso ao estudo de seu custo, destacando-se quem pagará por ele. Neste mesmo contexto, verificar-se-á, com muita cautela, a viabilidade de subsistência de certas empresas, os riscos e eventuais prejuízos de mantê-las, conquanto inviáveis, em funcionamento.

Todo estudo volta-se à tarefa de criar uma ferramenta capaz de oferecer, à empresa em crise, oportunidade de restabelecer o equilíbrio financeiro, renegociando junto aos seus credores, extrajudicialmente, seja por aumento de prazo para cumprimento da obrigação, seja pela modificação ou redução do débito mediante encargo, etc.

Além disso, a recuperação extrajudicial livra a justiça de tão pesados encargos, levando o Direito mais para a área privatista, pois se trata de relacionamento de pessoas privadas; tanto a empresa devedora como os credores resumem-se a particulares satisfazendo suas próprias pretensões entre si, utilizando a justiça com severa parcimônia.

Com isso, a justiça ganha mais tempo para apreciar outras formas de conflito, deixando a cargo dos próprios titulares do direito a pacificação da lide; ou melhor, evita-se, na verdade, a formação da lide, substituindo-a pelo acordo de vontades, antes mesmo de ocorrer a insatisfação da pretensão jurídica.

Sem sombras de dúvidas, o acordo extrajudicial, se devidamente honrado, mostra-se um recurso bem mais favorável a ambas as partes, empresa em crise e credores, já que se definem as obrigações de cada uma desde a formalização do avençado.

Conseqüentemente, proporciona-se, ainda, maior segurança jurídica, já que o acordo, devidamente formalizado, e, muitas vezes, com o respaldo do Judiciário, constitui-se em título executivo, podendo, assim, ser executado caso haja inadimplemento.

Ademais, temos de observar, ainda, a questão da economia processual, visto que toda a negociação extrajudicial não implica gastos com custas judiciais. De modo que, se fosse judicial o seu desfecho, obrigatoriamente, haveria,

além das despesas judiciais, outras com representação, os honorários advocatícios, pois as partes não possuem capacidade postulatória.

Assim, as partes podem usar o dinheiro que se gastaria com custas judiciais para contratar consultores jurídicos, advogados, expertos no assunto, a fim de tomarem melhores decisões e escolherem o caminho de maior probabilidade de êxito na recuperação extrajudicial e satisfação dos créditos.

Por outro lado, embora o principal objetivo do trabalho consista na recuperação de empresas, enfocaremos, com muita cautela, as sociedades que, realmente, fazem jus ao benefício, analisando critérios de análise de viabilidade, e tendo como esteio o princípio da razoabilidade.

## 1 - Histórico da Lei de Recuperação de Empresas e Precedentes

Primeiramente, e para que haja rico entendimento da história da recuperação de empresas, necessário se faz buscar as raízes, as origens, bem como as contribuições advindas de outros países.

Segundo estudos de Roque (2005, p. 19-23), surgiu a recuperação de empresas como consequência da lei francesa; baseou-se nela, adaptando-se os seus dispositivos à nossa realidade jurídica. Nos tempos da segunda guerra mundial (1939-1945), e nos tempos de paz que se sucederam a essa guerra, vigorava, no mundo inteiro, um só sistema jurídico falimentar, fundamentado na lei italiana, sendo por isso chamado de sistema italiano.

Em plena guerra, em 1942, a Itália produziu nova lei falimentar, o Régio Decreto 242/42, reformulando e modernizando seu Direito Falimentar. Logo em seguida, a França refaz seu Direito Falimentar, com base na nova lei italiana<sup>7</sup>.

Terminada a guerra, em 1945, o Brasil reformulou seu Direito Falimentar também, com a promulgação do Decreto-lei 7.661/45, que vigorou por 60 anos, revogado, agora, pela atual Lei de Recuperação de Empresas.

Destarte, Itália, França e Brasil, como os demais países do mundo, adotaram o sistema italiano, de maneira uniforme.

Passaram-se vinte anos; a partir daí, os franceses concluíram que o sistema italiano mostrava-se arcaico e já não atendia às necessidades da economia de pós-guerra. As consequências de sua manutenção apresentavam-se funestas ao país, e exigiam ampla correção desse sistema. Foi assim que o Ministério da Fazenda da França nomeou comissão mista para examinar essa questão, tendo ela elaborado amplo relatório, propondo sensíveis mudanças legislativas. Esse relatório foi o ponto de partida para profundas pesquisas e estudos, até surgir o projeto de nova lei que sacudisse as bases do Direito Falimentar.

A comissão nomeada no início do Governo Collor para examinar a situação concursal no Brasil, ao ler tal relatório, impressionou-se com a incrível semelhança entre os problemas franceses de 1965 e os brasileiros de 1992. As

---

<sup>7</sup> ROQUE, Sebastião José. As raízes francesas da lei de recuperação de empresas. **Jus Vigilantibus**, Vitória, 9 jan. 2006. Disponível em: <[http://jusvi.com/doutrinas\\_e\\_pecas/ver/19679](http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/19679)>

soluções que o relatório propunha para o direito francês caíam como uma luva, mostrando-se recomendáveis, igualmente, às feições do direito brasileiro.

Diz o relatório que a lei tem sentido punitivo para a empresa devedora, sacrificando-a em prejuízo de todos, enquanto os dirigentes da empresa ficam a salvo de responsabilidades, embora hajam levado sua empresa à falência. A insolvência empresarial é fenômeno de natureza econômica e não penal, razão pela qual o Direito Falimentar deveria situar-se na órbita da teoria de empresa e do Direito Econômico.

Havia, ainda, intensa conotação processual na falência e institutos falimentares, ficando todos na dependência da Justiça e à mercê de constante intervenção do Ministério Público, o que eternizava os feitos falimentares, devido à índole penal e processual do sistema.

A função do Direito Falimentar era a de varrer do mundo empresarial as empresas que, momentaneamente, ficassem, economicamente, abaladas, baseada no princípio de que "quem não tem competência não se estabelece"; a falência transformou-se em processo violento de cobrança como "ou paga ou morre". Não havia preocupação com a preservação da empresa, a manutenção da fonte produtora, do emprego de seus empregados, da permanência no mercado de um arrecadador para os cofres públicos; vislumbrava-se uma preponderância do aspecto punitivo penal sobre as nuances de caráter econômico que deveriam prevalecer.

Ocorria o sucateamento do patrimônio da empresa em prejuízo dos credores que pouco ou nada recuperavam de seus créditos. O Governo assenhoreava-se do que sobrasse da Massa Falida.

Os credores e empregados, principais prejudicados e interessados no problema, não tinham voz ativa, assistindo ao sucateamento de seus créditos. Ocorria, também, de os empresários usarem de má-fé, aproveitando-se da personalidade jurídica da empresa para aplicar golpes aos credores. Por outro lado, eram prejudicados os empresários que, por algum imprevisto, se desequilibraram em sua economia, mas de boa-fé tentavam se reestruturar; não obtendo apoio do sistema, as empresas eram severamente sacrificadas, sem oportunidade de recuperação.

Os dois institutos básicos, a concordata e a falência, degeneravam-se e distorciam-se. A maioria das empresas submetidas à concordata não sobreviviam, já que a falência fora transformada em processo violento de cobrança e forma violenta e legal de extinção da empresa.

Nenhum dos dois institutos cumpria suas finalidades. Os procedimentos concursais eram custosos aos cofres públicos, dando mais prejuízo ao Governo do que lucros. Chega-se, portanto, à conclusão de que o Direito Falimentar francês está falido.

Então, o Governo francês encarregou a Câmara de Comércio Internacional de elaborar projeto de lei que pudesse estabelecer novo sistema concursal e extinguir o antigo. A Câmara de Comércio Internacional é uma ONG (Organização não governamental), com sede em Paris, e formada por empresas do mundo inteiro, destinada a aprimorar e uniformizar o Direito Empresarial e as normas das operações econômicas internacionais. Aparece, assim, em 1967, nova legislação concursal francesa, constante de várias leis, estabelecendo o novo sistema.

Revelou-se, desde o início, êxito total, solucionando os velhos problemas e revolucionando o Direito Empresarial francês. A aplicação do sistema, todavia, foi criando outros problemas e sentindo o impacto das transformações econômicas e jurídicas da Europa.

Percebe-se, então, a necessidade de nova remodelação, que foi formalizada em 1985 e permanece até hoje. Passados vinte anos, os franceses já pensam em modernizar, ainda mais, seu Direito dos Procedimentos Concurais, nome que substituiu o antigo Direito Falimentar.

Neste momento, então, eles se impressionaram com a nossa Lei de Recuperação de Empresas, promulgada no Brasil em 9 de fevereiro de 2005. Alguns mestres de Direito Empresarial da Universidade de Paris, que tinham empreendido a reforma de 1985, apreciaram bastante as avançadas inovações da lei brasileira e prepararam-se para introduzi-las na lei francesa.

Será, então, a contribuição brasileira para o aprimoramento do direito francês, de modo a retribuir as idéias que eles nos forneceram.

Finalmente, o sistema francês introduziu-se no Brasil. As novas idéias penetraram entre nós e resistiram por doze anos à tramitação do projeto de que

resultou a Lei de Recuperação de Empresas. Em 1992, no início do Governo Collor, o Poder Executivo nomeou comissão em Brasília, presidido por Raul Bernardo Nelson de Senna, para examinar nossa Lei Falimentar e a propor alterações ou reformulação dela.

Os males econômicos da França, de 1967, eram iguais aos do Brasil de 1992; as soluções para aqueles males deram certo na França e poderiam, por analogia, dar certo no Brasil, pois eram idênticas as circunstâncias. O anteprojeto baseado na lei italiana modificaria a nossa lei, mas não o sistema; seria elaborar uma lei perfeita para um sistema imperfeito. Urgia uma reforma de base, novo esquema que solucionasse a questão. Optou-se, por isso, pelo esquema francês, totalmente novo e já de eficácia comprovada, enquanto o sistema italiano já se revelara falho, anacrônico e ineficaz.

Não foi decisão apenas da brilhante comissão de 1992. Apresentado o projeto Senna no Congresso Nacional, sofreu ele críticas tão violentas que o Governo Collor o retirou, para que a comissão o revisasse. Contudo, o Governo Collor foi deposto e dissolveu-se a comissão. A questão não morreu, o novo Governo elaborou novo projeto, enviado ao Congresso Nacional em 1993, conservando, porém, a base francesa; era nova versão do projeto anterior. Era um projeto mais enxuto, mais simplificado, extraindo-se muitos artigos e até capítulos inteiros. Manteve a mesma estrutura, os mesmos princípios, os mesmos institutos, enfim, mantiveram-se as raízes francesas do projeto.

Nas discussões parlamentares, o projeto sofreu mais de 400 emendas e modificações, a tal ponto de haver novo projeto, denominado substitutivo Oswaldo Biolchi, elaborado pelo combativo relator Oswaldo Biolchi. Nos estertores das discussões, o projeto foi requisitado pelo Banco Central do Brasil que o devolveu ao Congresso Nacional, praticamente, como novo. Assim sendo, o projeto foi refeito quatro vezes, mas, sempre, conservando a base inicial. Devemos concluir, portanto, que a Lei de Recuperação de Empresas, também chamada Lei da Recuperação Judicial, fundamentada nas raízes francesas, teve a aceitação de toda a sociedade brasileira, que se manifestou pelos seus representantes no Congresso Nacional.

Diante da vinda da nova lei de falências, inegável que muitas mudanças na estrutura empresarial e econômica ocorrerão; nesse sentido, interessante o comentário de Fazzio Júnior (2005, p. 19):

A modificação da infra-estrutura econômica sempre se projeta decisivamente na estrutura político-jurídica e o advento da lei LRE é mais uma reafirmação disso. Novas regras econômicas demandam novos comandos jurídicos e novas empresas demandam novos empresários. A LRE não é uma singela substituição normativa e seus destinatários imediatos só tem um caminho, o da compreensão de que a empresa não é mais só um instrumento do empresário.

Cumpra apenas destacar em relação ao comentário do autor acima, que a mudança do meio político-econômico, exige como consequência também, a atualização das normas jurídicas reguladoras, pois caso contrário ocorreria, Leis em desconformidade com a realidade, a exemplo disso temos o Decreto-Lei nº 7.661/45, que previa regras que se distanciavam da realidade econômica.

## 2 – Empresa em crise

A crise é um risco que nenhuma empresa está livre de enfrentar, podendo sobrevir de varias formas, ocasionada por uma infinidade de fatores. Determinadas sociedades empresárias estão mais expostas e suscetíveis, outras menos, depende do ramo, da gestão, e outros vários motivos.

Nenhum organismo é imune às crises. Uns mais, outros menos. Crises mais prolongadas, crises transitórias. Crises mais profundas, crises superficiais. A história do organismo empresarial, similar à da economia de mercado, é uma sucessão de períodos em que se alternam altos e baixos. A raiz das crises por que passa o organismo empresarial também é de matriz diversa. Não há linearidade (Fazzio Júnior, 2005, p. 21).

Há inúmeros casos em que as empresas já nascem com deficiências das quais padecerão, como se já viessem em seu código genético. A exemplo de fatores que levam a essa situação podemos citar: a escolha do tipo societário inadequado, a estruturação e gestão administrativa insuficiente, equivocada estimativa de capital social, dentre muitos outros.

Há, igualmente, os casos em que os problemas são causas supervenientes, adquiridos com o passar do tempo; a título de exemplo, temos a restrição de crédito bancário, elevação de taxas, e outras crises.

As crises podem ser manifestar em três modalidades; nesse sentido Coelho (2006, p. 232):

A crise da empresa pode se manifestar-se de formas variadas. Ela é econômica quando as vendas de produtos ou serviços não se realizam na quantidade necessária à manutenção do negócio. É financeira quando falta à sociedade empresária dinheiro em caixa para pagar suas obrigações. Finalmente, a crise é patrimonial se o ativo é inferior ao passivo, se as dívidas superam os bens da sociedade empresária.

Para a solução das crises, devem-se, antes, estudá-las bem, para só assim averiguar o tipo de providência a tomar-se. O empresário pode tentar remediar a crise tanto com simples providências administrativas aptas a reduzir custos, como com graves decisões que podem chegar até a confissão de insolvência (Fazzio Júnior, 2005).

Todavia, em determinadas situações, recomendável resulta que se procure a solução segundo a vontade dos credores, para, só assim, chegar-se à superação da crise de maneira menos danosa para todos.

A crise empresarial, se acontece de maneira fatal, é bem provável que acarrete prejuízos aos empreendedores, bem como aos investidores, credores e, dependendo do caso e de sua extensão, até mesmo a outros agentes econômicos.

Ademais, também, sobreleva considerar como conseqüência da crise fatal a extinção dos postos de trabalho, desabastecimento de produtos e serviços, diminuição na arrecadação de impostos, paralisação de atividades e, caso a empresa tenha relevante porte e função social, ocorrerão sérios problemas para a economia local.

Diante disso, fica evidente e dispensa maiores delongas a explicação das razões de tanta preocupação que o sistema jurídico tem com a recuperação de empresas.

Frise-se, é mais do que razoável tal preocupação do Direito em manter as empresas em funcionamento, obviamente, desde que estas sejam viáveis e mereçam a recuperação<sup>8</sup>.

## **2.1 – Insolvência**

Uma pessoa insolvente, seja ela física ou jurídica, significa que não possua patrimônio suficiente para saldar todas suas dívidas, ou seja, o passivo supera o ativo.

Almeida, Amador Paes de (2005, p.23), assim define insolvência:

É a condição de quem não pode saldar suas dívidas. Diz-se do devedor que possui um passivo sensivelmente maior que o ativo. Por outras palavras, significa que a pessoa (física ou jurídica) deve em proporção maior do que pode pagar, isto é, tem compromissos superiores aos seus rendimentos ou ao seu patrimônio.

---

<sup>8</sup> Vide capítulo 6.

Todavia, conforme Coelho (2006, p. 251), a insolvência não é apenas o fato de o passivo ser maior que o ativo, pois esta seria a mera “insolvência econômica”; de tal modo, o que, realmente, traz pertinência para o direito concursal é a verificação da “insolvência jurídica”, que se caracteriza pela impontualidade injustificada, pela execução frustrada, ou pela prática de ato de falência, de acordo com o artigo 94, I, II, III da lei de falências.

Uma vez que o devedor incorra em uma das situações previstas no artigo supracitado (94, I, II e III da Lei de falências), independentemente do seu patrimônio ativo ser superior ao passivo, ser-lhe-á decretada a falência.

Nesse caso, veja-se que não ocorre, simplesmente, sua insolvência econômica, mas também jurídica, que presume o devedor insolvente em razão de seu comportamento tipificado como atos de falência, aptos a acarretar-lhe a quebra.

Para melhor fixação, tome-se como exemplo a sociedade empresária, que, conquanto solvente e possuidora de bens suficientes ao pagamento de suas obrigações passivas, encontre-se passando por dificuldades em liquidar os bens existentes e saldar as dívidas. Não há caixa líquido para pagar as diversas obrigações que vencem; está-se, conclusivamente, diante da insolvência jurídica e não apenas econômica, haja vista a existência de patrimônio ativo.

Mesmo havendo ativo equivalente ou superior ao passivo, o problema de liquidez, caso não seja sanado, seja via financiamento, securitização, capitalização, apuração de capital líquido etc., pode ser decretada a quebra da empresa.

Quando, no momento da apuração do capital, o devedor, ao alienar bens, propugnando levantar capital líquido e saldar suas dívidas, deve ter muita cautela para não configurar a liquidação precipitada de seus ativos, conforme o disposto no artigo 94, III, “a” da lei de falências:

Será decretada a falência do devedor que:

III – Pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

a) pratica à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;

Portanto, o devedor que, mesmo de boa fé, na intenção de pagar suas dívidas de modo rápido, tenta vender seus bens por valor abaixo que o mercado poderá incorrer na conduta acima transcrita, o que acarretaria, da mesma forma, a insolvência jurídica e conseqüente quebra.

Desta feita, a primeira e melhor decisão a ser adotada pelo devedor seria consultar advogados especialistas nessa matéria, para, assim, receber instruções de como proceder e o melhor caminho a ser traçado. Evita-se com isso que o devedor se surpreenda com conseqüências danosas.

Na mesma oportunidade, pode e recomenda-se que o advogado consultado aponte os meios preventivos que se adotarão na recuperação da empresa inclusive. Note-se que, aqui, há uma boa oportunidade para a adoção da recuperação extrajudicial, voltada a prolongar vencimentos, modificar o modo de pagamento, etc., possibilitando maior prazo ao devedor para o levantamento de capital líquido.

## **2.2 – Noções e Conceitos de Falência**

Trata-se de uma execução coletiva e universal, em que se submete o patrimônio do devedor à liquidação, colocando-se este à disposição de todos os credores, com o fim de distribuí-lo, conforme ordem e disposição da lei.

Falência, em outras palavras, resume-se a um modo de extinguir as obrigações da devedora insolvente, voltado a proteger o crédito e, acima de tudo, atingir a função socio-econômica; para tanto, não se há de permitir execuções singulares, mas, sim, a execução concursal para todos credores, conforme entendimento perfilhado por Fábio Ulhoa Coelho (2006, p. 243): “a série de execuções singulares não permite o tratamento paritário dos credores, com o atendimento preferencial aos mais necessitados e ao interesse público. Esses objetivos só se alcançam numa execução concursal”.

Antes de estudarmos os diversos conceitos doutrinários de falência, é bem pertinente para a ideal compreensão da importância do processo de falência (execução concursal), a transcrição das brilhantes considerações preliminares do

jurista Italiano Cesare Vivante (1898, p. 385) apud Celso Marcelo de Oliveira (2005, p. 315):

Enquanto nas relações civis todo credor procede à execução dos bens do devedor por conta própria, e alguns são pagos por inteiro enquanto outros não conseguem receber coisa alguma; nas relações comerciais, ao contrário, o legislador procurou por meio do processo coletivo de falência repartir proporcionalmente o patrimônio do comerciante entre todos os seus credores. Juntamente com este fim principal outros concorrem também importantes: o de defender os credores distantes, que dificilmente chegariam a tempo para obterem a sua parte no patrimônio do negociante falido; o de fiscalizar a imparcialidade da liquidação com a intervenção do juiz, e de punir as ofensas feitas pelo falido ao crédito geral com o auxílio do processo penal. Precisamente para que o processo de falência atinja o seu fim essencial, o tratamento igual de todos os credores deve ser um só e compreender todo o ativo e todo o passivo do falido. Embora o comerciante exerça comércios diferentes, em vários lugares, e tenha destinado a cada um capital distinto, só se pode propor contra ele uma única falência no lugar onde tem o seu principal estabelecimento, isto é, onde ele dirige os seus negócios, e por isso onde tem a sua escrituração, o seu caixa, o seu arquivo, o seu banqueiro. Declarada a falência, o mesmo tribunal julga de todas as causas que vão filiar a sua origem na declaração da falência.

Diante do trecho supracitado, pode-se, já, inferir uma noção que, conquanto superficial, permite uma visão panorâmica da finalidade do instituto da falência.

Cumprido destacar que a doutrina não apresenta um conceito único do que se constitui a falência, havendo diferentes definições doutrinárias de diversos juristas respeitados; senão, vejamos alguns conceitos, a começar pelo enfoque de Rubens Requião (1991, p. 235), que relata:

A falência como um procedimento legal que enseja o constrangimento do devedor comerciante, de maneira sistemática e ordenada, que, não podendo pagar todos os credores, submete seu patrimônio à liquidação, de molde a que uns credores não recebam seu crédito em detrimento do crédito dos demais. E esse procedimento se denomina falência.

Os Juristas, de modo geral, em relação ao aspecto processual, atribuem seus conceitos à falência, dando ênfase ao seu procedimento. Assim, na concepção de José da Silva Pacheco (2000, p.79):

A falência é o processo de execução coletiva universal, abrangente de todos os credores e de todos os bens do devedor. Se o comerciante, sem relevante razão de direito, não pagar no vencimento obrigação líquida, constante de título executivo, está sujeito à execução coletiva universal ou

falência, eis que todos os seus bens são abrangíveis e todos os seus credores podem pedir execução, independente de qualquer sentença anterior.

Por outra vertente, encontra-se José Cândido Sampaio de Lacerda (1999) apud Celso Marcelo de Oliveira (2005, p. 317), analisando a falência sob dois aspectos, quais sejam, o estático e o dinâmico:

A falência pode ser analisada sob dois aspectos: o estático e o dinâmico. Estaticamente, é a situação do devedor comerciante que não consegue pagar pontualmente seu débito líquido, certo e exigível. Dinamicamente, é um processo de execução coletiva instruída por força de lei em benefício dos credores.

De modo mais simples, porém, não menos sábio, Darcy Bessone (1995), apud Celso Marcelo de Oliveira (2005, p. 318), conceitua a falência da seguinte maneira:

Visto que a falência assim se define: - é oportuno dizer que ela se propõe, principalmente, a arrecadar todos os bens do devedor e convertê-los em dinheiro. Pressupõe, de outro lado, quais são os credores do mesmo devedor e, com o produto da alienação dos bens, fazer-lhes pagamentos proporcionais aos respectivos créditos.

Destarte, há diferentes modos de conceituar falência, mas não há divergência na essência do que vem a ser tal instituto, vez que ele se resume em execução concursal, a que se submete uma empresa devedora que não possui bens suficientes a solver todas as suas obrigações. Abrangendo todos os credores, bem como a totalidade dos bens do patrimônio pertencente à personalidade jurídica, assegura-se, assim, um tratamento paritário e desprovido de injustiças aos credores, nos moldes da preferência estabelecida em lei.

### 3 – A RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS COMO MEIO PREVENTIVO

As relações entre direito, economia e sociedade obrigam a que as leis atuem como técnicas de organização, ou seja, como instrumentos normativos aptos a estabelecer princípios e regras reguladores das vontades e necessidades da sociedade.

O direito das concordatas consubstanciava-se em um instrumento regido pelo princípio segundo o qual *quem deve tem de pagar*; essa a finalidade primeira. No liberalismo, também em homenagem à segurança do mercado, nunca se hesitava em implementar o sacrifício de empresas insolventes.

Nesse segmento, as leis concursais amparavam os credores, garantiam os haveres públicos, incriminavam os empresários malsucedidos, menosprezavam o desemprego e aniquilavam as empresas em crise.

Atualmente, a realidade mostra outra faceta, pois, conforme noticia Paulo Penalva Santos (Revista do Advogado, nº 83, set. 2005, p. 109) com a nova lei de falências, a concordata preventiva foi substituída por dois institutos, a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial.

A recuperação extrajudicial representa uma alternativa prévia à recuperação judicial, vez que pressupõe uma situação financeira e econômica compatível com uma renegociação parcial, apta a possibilitar a recuperação da empresa. Nessa renegociação, salvo os credores impedidos por lei, tem o devedor plena liberdade para selecionar apenas os que ele quiser e propor estas novas condições de pagamento. Frise-se, não há necessidade da participação de todos os credores, bem como a realização de assembléia geral para aprovar o plano.

A recuperação judicial já nos mostra um espectro mais abrangente, possibilitando, ao devedor, apresentar plano de recuperação empresarial, que se destine à preservação do interesse social e dos bens de produção, o que, por sua vez, venha a contribuir para o crescimento e o desenvolvimento social, razão pela qual se considera a recuperação judicial como uma forma eficaz para impedir a falência de empresas com dificuldades econômicas.

A lei de falências, em seu artigo 50, contempla uma lista dos meios de recuperação que, embora extensa, apresenta, apenas, função exemplificativa;

logo, permitem-se outros meios. A respeito dessa lista, Fábio Ulhoa Coelho (2006, p. 385) faz as seguintes considerações:

Nela, encontram-se instrumentos financeiros, administrativos e jurídicos que normalmente são empregados na superação de crises em empresas. Os administradores da sociedade empresária interessada em pleitear o benefício em juízo devem analisar, junto com o advogado e demais profissionais que os assessoram no caso, se entre os meios indicados há um ou mais que possam mostrar-se eficazes no reerguimento da atividade econômica.

Destarte, a lei 11.101/05 deu nova formatação à concordata preventiva regulada no Decreto-lei nº 7.661/1945; excluiu dela as graves desvantagens e a ameaça de decretação de falência, mantendo, porém, a sua finalidade de renegociar, apenas, o passivo quirografário, que é a real necessidade da microempresa e da empresa de pequeno porte.

Na seara da recuperação extrajudicial, o devedor detém inúmeros meios de buscar soluções aptas a sanar o agravamento da situação financeira. Dívidas podem ser renegociadas, saneadas e reestruturadas de acordo com a capacidade da empresa. Tais medidas podem significar a recuperação da empresa e a retomada do crescimento. Deverá ser efetuado um estudo do novo ponto de equilíbrio financeiro e econômico, para examinar a viabilidade do negócio nesse novo estágio, ou seja, frente ao plano de recuperação.

Para a recuperação de empresas deve-se desenvolver uma análise da viabilidade econômica, técnica e comercial no mercado onde atuam, bem como a verificação da estratégia de renegociação de passivos.

Concomitantemente a isso, devem-se implantar programas de reestruturação operacional, administrativa, financeira e comercial. A redução de custos representa fator comum em situações de crise.

Segundo Admir Roque Teló (revista FAE Business, nº 5, abr. 2003, p. 48):

Prevenção é sempre o melhor remédio. Por isso, deve-se: dar a devida importância aos pequenos ferimentos; identificar a causa antes da solução; acompanhar a reação do mercado; esclarecer a situação da empresa e os riscos reais; investir no time gerencial; identificar os custos fixos e indiretos; ser realista (contas a receber, estoques); se necessário, aplicar um orçamento base zero; conferir sempre os indicadores-chaves; não encarar

uma situação de crise como um período catastrófico, mas como mais um desafio.

Conclui, ainda, que: “felizmente, existem soluções para quase todos os males. Existem inúmeros recursos para salvar uma empresa viável, antes da traumática intervenção judicial”.

Há necessidade de enfatizar que, além dos meios de recuperação judicial previstos de modo exemplificativo no rol do artigo 50 da lei de falências, há, ainda, o artigo 167 da mesma lei que reconhece a validade de outras modalidades de acordo no âmbito extrajudicial, ou seja, afora as hipóteses dos artigos 161 e 163, assomam como, perfeitamente, válidas outras formas de acordo e de recuperação extrajudicial.

Não obstante essa regra do artigo 167 seja óbvia e, até mesmo desnecessária, deixa, ainda, mais evidenciada a mudança do Decreto-Lei nº. 7.661/45 para a nova lei de falências. Pois, denota-se que, na vigência do decreto, qualquer modalidade de acordo extrajudicial entre credores e devedor era causa de falência, nos termos do inciso III, do artigo 2º. Com a nova lei, não se manteve essa regra, nem tampouco recepcionada dentre as hipóteses de decretação de falência do artigo 94; portanto, esses acordos não mais caracterizam a insolvência do devedor.

Entretanto, não se pode perder de vista que, mesmo a lei possibilitando outras modalidades de acordo, caso se pretenda a homologação judicial, resulta indispensável o preenchimento de todas as exigências legais.

Desta feita, espera-se que essas vastas modalidades de acordos permitidas, sejam de grande valia para solucionar dificuldades momentâneas do empresários e das sociedades empresárias, sem as formalidades da recuperação judicial, que pressupõe uma situação financeira e econômica grave.

## **4 - O “MODUS FACIENDI” DA FORMULAÇÃO DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL**

A formalização da recuperação extrajudicial se dá via assembleia geral de credores, sendo reduzida a termo (instrumento particular), de modo que a convocação para tal ato deve ser feita, publicamente, pela empresa devedora, por meio de edital.

Recomenda-se que o local de realização da assembleia seja aquele em que se concentrar a maioria dos credores e representantes do passivo admitido na recuperação extrajudicial; tal medida busca conferir, aos credores, maior comodidade.

Reunidos os credores, ou pelo menos a maioria destes, apresentar-se-á, a eles, o plano de recuperação. Exposto o plano, chega o momento de os credores e a empresa devedora debaterem, apresentarem propostas, críticas, enfim, negociar em todos aspectos o acordo mais viável a ambas as partes; tome-se como exemplos: o alongamento de prazo para pagamento; taxa de correção mais baixa; sacrifício de parte do crédito, etc.

Chegando a empresa devedora a um consenso com os credores, tal convenção será devidamente reduzida a termo e assinada pelas partes. Neste caso, nem sequer se cogitará da necessidade de homologação judicial, tornando-se esta facultativa, tendo em vista que as partes se compuseram livremente. Neste entendimento, Coelho (2007, p. 433) ensina que:

Alcançado o acordo com os credores, o instrumento contratual firmado entre eles e a sociedade devedora já é suficiente para a produção de todos os efeitos pretendidos pela iniciativa de recuperação. Quer dizer, se a sociedade imagina que pode superar a crise com a dilação dos prazos de pagamento de determinadas obrigações, procura os credores desta e obtém deles a concordância para a prorrogação, o instrumento de aditamento ao contrato ou contratos que formalizar a nova condição de pagamento será suficiente para alcançar o objetivo pretendido ( ou seja, a dilação daqueles prazos).

Mas, caso queira, a empresa devedora poderá requerer a homologação judicial, na comarca em que se localizar seu principal estabelecimento comercial, devendo, para tanto, juntar a documentação do acordo, seja por

instrumento próprio ou ata da assembleia geral dos credores que tiver aprovado o plano de recuperação, conforme tipifica o artigo 162, da lei 11.101/2005:

O devedor poderá requerer a homologação em juízo do plano de recuperação extrajudicial, juntando sua justificativa e o documento que contenha seus termos e condições, com as assinaturas dos credores que a ele aderirem.

Contudo, a homologação judicial, por ser mais formal e ter o poder de obrigar a minoria contrária, exige o preenchimento de determinados requisitos, conforme explanado no tópico 4.2.

O juízo competente para processar a homologação do plano de recuperação é o aquele onde estiver situado o principal estabelecimento<sup>9</sup> da sociedade empresária devedora.

Na verdade, o que se pretende é trazer todos os credores, ou ao menos a maioria destes, para participar da apresentação do plano de recuperação, e, conseqüentemente, do eventual acordo que venham a celebrar; por esta razão, a devedora tem plena liberdade para decidir a maneira como e o local melhor para reunir todos.

Podemos pensar que a comodidade dos credores poderia vir a ser afetada posteriormente, no caso de descumprimento do plano de recuperação, pois teriam os credores de se valerem do Judiciário para executar o acordo. Para tanto, teriam de se deslocar até o foro competente, aquele do principal estabelecimento do devedor.

Porém, há de se observar que o descumprimento do plano consiste numa situação remota, distante e incerta, além do que fica a cargo de cada credor receber da forma que melhor julgar conveniente, tendo a faculdade de ingressar ou não em juízo.

A nova lei, sabiamente, criou mecanismos para evitar que o sistema de recuperação de empresas perca sua finalidade, impedindo que o novo sistema se torne rotina e seja usado de má-fé. A exemplo disso, observemos as seguintes limitações: não é possível ao devedor o pedido de recuperação extrajudicial se já estiver pendente outro pedido; também se negará a recuperação extrajudicial se a

---

<sup>9</sup> Segundo Coelho (2006, p.261) por principal estabelecimento, deve-se entender no âmbito do direito falimentar como sendo aquele em que a devedora concentra o maior volume de seus negócios.

empresa requerente houver obtido recuperação judicial ou homologação de outro plano de recuperação extrajudicial há pelo menos dois anos. Tais disposições estão reguladas no § 3º., do artigo 161, da lei 11.101/2005, veja-se:

O devedor não poderá requerer a homologação de plano extrajudicial, se estiver pendente pedido de recuperação judicial ou se houver obtido recuperação judicial ou homologação de outro plano de recuperação extrajudicial há pelo menos 2 (dois) anos.

#### **4.1 – Homologação Judicial Facultativa**

A homologação judicial facultativa regula-se no artigo 162<sup>10</sup>, da lei 11.101/2005, a qual se dá quando o plano de recuperação extrajudicial for aprovado e aceito pela totalidade dos credores por ele atingido, não sendo, assim, a homologação judicial condição para obrigá-los, pois as assinaturas dos credores expressam sua declaração de vontade, já os obrigando, por si sós, a respeitar o plano.

O empresário em crise pode apresentar o plano com abrangência restrita a determinados credores, ou a alguma classe específica em que ele julgar conveniente. Portanto, quando dito acima que para a homologação ser facultativa tem de haver assinatura de todos, quer dizer “todos” os credores a quem o plano teve abrangência, não se devendo entender como todos os credores de todas as classes.

Para melhor compreensão, imaginemos o seguinte exemplo: uma sociedade empresária possui um passivo de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), sendo R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) de crédito trabalhista, R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) devidos à União referentes a tributos e taxas, R\$ 100.000,00 (cem mil reais) representados por credores com garantia real e R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) pelos credores quirografários.

---

<sup>10</sup> - Artigo 162, da Lei 11.101/05 - O devedor poderá requerer a homologação em juízo do plano de recuperação extrajudicial, juntando sua justificativa e o documento que contenha seus termos e condições, com as assinaturas dos credores que a ele aderirem.

Na situação acima podemos, de plano, já perceber que dos créditos envolvidos, tanto os de ordem trabalhista bem como os devidos à União excluem-se do plano de recuperação, por força do artigo 161, § 1º., da lei 11.101/2005, restando, portanto, ao empresário, só optar por propor o plano de recuperação em relação aos credores com garantia real e aos quirografários.

Pode, também, nesse caso, a empresa devedora achar por bem escolher, apenas, uma das classes de credores para propor a recuperação, tendo plena liberdade para tanto. Neste caso, como se trata de homologação facultativa, todos da classe escolhida deverão assinar o plano de recuperação.

Ora, mas, se todos a que o plano alcança o assinaram, qual o motivo ou necessidade de homologar judicialmente? Para essa indagação, apresentamos duas justificativas: a primeira, segundo Coelho (2006, p. 435), consiste em “revestir o ato de maior formalidade, chamando a atenção das partes para a importância deste”, além do que estaria subentendida a inexistência de irregularidades, proporcionando, destarte, aos contratantes, maior tranquilidade e segurança em relação ao que fora convencionado; a segunda justificativa, e mais importante, com maiores efeitos práticos, é que com a homologação possibilita-se, por exemplo, a alienação por hasta judicial de filiais ou unidades produtivas. Imaginemos, no caso prático, se o empresário opta por apresentar o plano de recuperação somente em relação aos credores com a garantia real, de modo que se almeje, justamente, a alienação de uma das filiais, para assim levantar capital suficiente com o objetivo de reerguer a empresa. Ocorre que tal filial é objeto de garantia real de determinado credor. Suponhamos que esse credor titular da garantia real concorde em abrir mão dela, aderindo ao plano; mesmo assim, para que seja lícita e correta tal alienação deve haver a homologação judicial do plano. Isso se justifica em razão de tais alienações envolverem o interesse econômico e até mesmo social de uma pluralidade de pessoas, e, como se trata de bens de valor considerável, a cautela deve ser maior.

Nota-se que sempre que o plano envolva questões de maior complexidade ou elevado valor econômico resume-se a uma boa prática que haja homologação judicial, tendo em vista a importância da causa. Visando, assim, sempre, a revestir o ato de maior formalidade e possibilitar a correção, pelos atos judiciais, de eventuais equívocos da esfera administrativa privada.

## 4.2 – Homologação Judicial Obrigatória

Encontra-se disciplinada no artigo 163<sup>11</sup>, da nova lei de falências, tendo por objetivo conceder a oportunidade de recuperação ao devedor que conseguir obter adesão, não da totalidade dos credores, mas de parte significativa deles.

Esse instituto visa a complementar a homologação facultativa, vem destinado a evitar que uma pequena minoria de credores impeça e negue a oportunidade de *reerguimento* da empresa do devedor. Seria injusto, e em prejuízo tanto da empresa devedora como dos credores, pois, um plano viável assume foros de bem mais vantajoso do que submeter todos os credores ao concurso entre eles, que é a falência propriamente dita.

Portanto, o que ocorre na homologação obrigatória, é a vinculação ao plano de recuperação da minoria dos credores que não o aceitaram. Consiste naquilo a que os advogados norte-americanos chamam de *cram down*<sup>12</sup>, expressão que significa “*enfiar goela abaixo*”. É o que justamente acontece; essa minoria de credores, embora contrária, obrigar-se-á a aceitar o plano.

Para tanto, deve-se obedecer aos requisitos do artigo 163, da Lei de Falências. Primeiramente, o plano deve ostentar a assinatura de pelo menos 3/5 de todos os créditos de cada espécie, mas, somente, os que forem abrangidos pelo plano.

A classificação geral dos créditos está elencada no artigo 83, da lei de falências, de modo que, de pronto e a título de exemplo, os credores de ordem trabalhista e fiscal, encontram-se, respectivamente, nos incisos I e III, já excluídos, de antemão, do plano de recuperação, por força do artigo 161, § 1º. da lei:

Não se aplica o disposto neste capítulo a titulares de créditos de natureza tributária, derivados de legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho, assim como aqueles previstos nos artigos. 49, § 3º, e 86, inciso II, do caput, desta lei.

Retomemos a mesma linha de raciocínio da homologação facultativa, na qual o devedor tem plena liberdade para escolher quais as classes irá incluir no

---

<sup>11</sup> - Artigo 163, da Lei 11.101/05 – O devedor poderá, também, requerer a homologação do plano de recuperação extrajudicial que obriga a todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais de 3/5 (três quintos) de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos.

plano de recuperação; parece claro que, com exclusão das não permitidas por lei. Para melhor entendimento, suponhamos que o plano só alcance a duas espécies de credores, quais sejam, os com garantia real e os com privilégio especial. Deverá o devedor obter a adesão de pelo menos 3/5 de cada uma dessas espécies de créditos, ou seja, pelo menos 60%, tanto dos credores com garantia real, como dos com privilégio especial devem estar de acordo com o plano, “*conditio sine qua non*” para poder obrigar a minoria contrária, des’que preenchidos os demais requisitos para a homologação, que passaremos a estudar logo adiante.

Segundo Coelho (2006, p. 437), o que leva o devedor a escolher credores específicos ou determinada classe para propor o plano é, na maioria das vezes, a data prevista para o vencimento de suas obrigações. Imaginemos que uma empresa em crise possua credores com dívida de longo prazo para vencimento, ou, suponhamos que tais créditos representem-se por debêntures flutuantes, também com vencimento distante. Evidente que não há interesse nenhum para o devedor em incluir esses créditos no plano de recuperação, pois, pelo menos a curto prazo, não há de se preocupar com estes. Portanto, o devedor deve voltar-se para as obrigações vencidas e para aquelas que se encontrarem na iminência de vencer, dando prioridade à solução destas, ou seja, submetê-las à renegociação por intermédio do plano de recuperação extrajudicial.

No caso concreto, pode ocorrer de a metade dos créditos de uma classe ostentar vencimento para longa data; desse modo, o devedor pode incluir no plano de recuperação, somente, a metade que possui vencimento próximo, bastando, para haver a homologação obrigatória, a adesão dos 3/5 dessa metade de credores com vencimento próximo. Isso se justifica pelo disposto no § 2º., do artigo 163 da lei, veja-se:

Não serão considerados para fins de apuração do percentual previsto no caput deste artigo os créditos não incluídos no plano de recuperação extrajudicial, os quais não poderão ter seu valor ou condições originais de parcelamento alteradas.

Para a apuração dos 3/5 de adesões devem-se utilizar duas regras: a primeira, consiste na conversão para a moeda nacional de eventuais créditos

---

<sup>12</sup> Extraído do artigo da Internet: ROQUE, Sebastião José. As raízes francesas da lei de recuperação de empresas. **Jus Vigilantibus**, Vitória, 9 jan. 2006. Disponível em: <<http://jusvi.com/doutrinas>>

representados por moeda estrangeira; tal conversão se fará, utilizando-se a taxa de câmbio do dia anterior à assinatura do plano pelos credores aderentes; a segunda regra a observar-se consiste na desconsideração dos créditos titularizados por pessoas ligadas à sociedade, tais como sócios ou acionistas que possuam cota superior a 10% do capital da devedora, ou seja, não se computarão, na apuração dos 3/5, os créditos em que os titulares forem sócios ou acionistas, conforme artigo 43, da lei em estudo. A lógica desta restrição, quer parecer, vem com o escopo de evitar que a sociedade devedora imponha sua vontade, suprimindo, injustamente, a vontade dos puramente credores. Ora, a decisão quanto à aderência ou não do plano cabe, unicamente, aos credores, não podendo, destarte, os sócios votarem, ainda que também credores.

A homologação obrigatória processa-se da mesma forma que a facultativa, diferindo apenas no que diz respeito à instrução da petição inicial. Por ter maior alcance e poder de coação, a homologação obrigatória deve ser melhor instruída, tornando assim o pedido mais complexo.

A devedora deve apresentar o pedido em juízo, instruindo-o com a justificativa e o plano devidamente assinado pela maioria aderente, bem como os seguintes documentos: a exposição de sua situação patrimonial; demonstrações contábeis relativas ao último exercício; demonstrações contábeis referentes ao período desde o fim do último exercício e a data do plano, levantadas especialmente para o pedido; documento comprobatório da outorga do poder para novar ou transigir para os subscritores do plano em nome dos credores; relação nominal de todos os credores, com endereço, classificação e valor atualizado do crédito, além da origem, do vencimento e remissão ao seu registro contábil, tudo em conformidade com o artigo 163, § 6º., da lei.

Se analisarmos de maneira panorâmica, notaremos que a homologação judicial obrigatória em termos de complexidade, localiza-se acima da homologação facultativa, que é simplória, e abaixo da recuperação judicial mais complexa.

#### **4.2.1 – Possibilidade de concessão liminar da homologação obrigatória**

Passaremos a expor este tópico com o objetivo de alcançar alguns benefícios para a recuperação extrajudicial, quais sejam: a celeridade processual, praticidade na impugnação do pedido de falência, solução por meio extrajudicial e a eliminação de danos irreparáveis e de grande monta causados pela decretação da falência.

Imaginemos um caso em que, no momento da elaboração de um plano de recuperação extrajudicial, haja tanto credores contra como a favor, de modo que a maioria seja favorável, atingindo, de tal sorte, os 60% de aderência dos credores exigidos para a homologação obrigatória.

Ocorre que um desses credores, que por sua vez é contrário ao plano de recuperação, ingressa com o pedido de falência contra a sociedade devedora, passando, desse modo, a concorrer com o pedido de recuperação extrajudicial, com um pedido de falência da mesma sociedade.

A idéia deste tópico visa a enfatizar a necessidade de que, neste momento, a sociedade devedora apresse, o mais rápido possível, o plano de recuperação, com suas respectivas assinaturas, que somam a quantia superior a 60% dos créditos envolvidos, apresentando, em juízo, o pedido de homologação obrigatória do plano de recuperação extrajudicial, requerendo, ainda, a sua concessão liminar.

Para tanto, a devedora deve instruir seu pedido com os documentos exigidos na homologação obrigatória (art. 163, § 6º., da lei), bem como com a comprovação do “*fumus boni iuris*” e do “*periculum in mora*”, haja vista que a concessão de liminar exige a presença desses requisitos, devendo estes ser, suficientemente, demonstrados.

Dessa forma, a devedora deve deixar evidenciado em seu pedido que a não concessão da liminar pode acarretar dano irreparável ou de difícil reparação, conforme aplicação subsidiária do Código de Processo Civil em seu artigo 273, I.

Deve-se, então, fundamentar o pedido justificando sua urgência, expondo tanto a viabilidade do plano como da empresa e o prejuízo que pode acarretar a não concessão da liminar.

Verificando a presença de tais requisitos, o juiz, ainda, deve procurar constatar se há perigo de irreversibilidade do provimento antecipado; se positivo não

se poderá conceder a tutela antecipada, conforme disposto no §2º., do artigo 273, do Código de Processo Civil: *“Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”*.

Essa restrição se justifica pela possibilidade de eventual revogação da liminar. Tal provimento se concede com base em cognição sumária, de modo que, se posteriormente, após ouvir os credores contrários ao plano com suas respectivas impugnações, o magistrado convencer-se de que o deferimento da liminar resultou de uma decisão equivocada, deve haver possibilidade de sua revogação, para voltar ao estado anterior.

Imaginemos que o plano de recuperação extrajudicial preveja uma medida que, uma vez executada, se torne irreversível; neste caso, o juiz não concederá a liminar, podendo, até, homologar a recuperação extrajudicial, contudo só após a cognição exauriente, que se consumará quando da apreciação de todas as impugnações.

Ausente o requisito de irreversibilidade e presentes os demais requisitos negativos, o juiz concede a liminar, deixando para ouvir os credores e suas impugnações posteriormente, preservando, dessa maneira, o contraditório.

Com isso, a empresa devedora, no momento em que responder, em juízo, ao pedido de falência que tramita contra si, poderá, de imediato, juntar o plano de recuperação extrajudicial, devidamente, homologado judicialmente. Desta forma, arquivar-se o pedido de falência logo no início, pois não só o credor que requereu a falência como todos os que são contrários ao plano obrigam-se a respeitá-lo.

Caso, após ouvir os credores e apreciar suas impugnações, o juiz revogar a liminar, nada haveria de prejuízo, bastando desarquivar o pedido de falência, dando-lhe seguimento.

Observe-se que, aqui, já se atinge alguns dos objetivos almejados com este instituto; o primeiro, representado pela celeridade processual no momento da impugnação do pedido de falência, quando este é arquivado no início, evitando-se, assim, que se prolongue a complexa e demorada discussão de uma falência, contribuindo assim para o desabafo dos cartórios judiciais.

O segundo, consiste na facilidade de impugnação do pedido de falência; veja-se que não haveria discussão nenhuma quanto à viabilidade da empresa, tecnologia empregada, função social etc., nada disso seria verificado,

bastaria, ao devedor, juntar o plano homologado, judicialmente, pela liminar, solucionando desta forma o problema, de modo prático e breve.

Retomemos o mesmo raciocínio para detectar os outros dois últimos objetivos: solução, por meio extrajudicial e a eliminação de danos irreparáveis e de grande monta causados pela decretação da falência. Relembremos o que já fora estudado no tópico anterior (homologação obrigatória); tudo aqui ocorre da mesma forma, exceto no que respeita à concessão liminar da homologação. Vemo-nos, dessa forma, diante do instituto da recuperação extrajudicial que produzirá seus efeitos, judicialmente, dentro do pedido de falência.

Começa a ficar evidente a solução trazida por meio extrajudicial, de modo que, com a liminar, o devedor evita as complicações e formalidades do pedido de falência, pois complexo e com trâmite judicial.

Grosso modo, o que se pretende resume-se a uma atitude em que o próprio devedor, vendo-se na possibilidade de restabelecer-se por intermédio de algumas modificações no pagamento dos credores, apresente-lhes seu plano de recuperação; ato contínuo, obtendo aceitação da maioria deles, submeta, de imediato, o pedido à homologação obrigatória, requerendo a concessão liminar desta; isso, quando houver pedido de falência contra si, ou, minimamente, tal fato estiver na iminência de ocorrer.

Até o presente momento da argumentação, evidencia-se a presença dos três primeiros objetivos almejados, entretanto, se analisado de maneira mais aprofundada, já se pode vislumbrar, também, que, com essa liminar, evitar-se-á a decretação da falência de empresas, conseqüentemente, impedir-se-ia a ocorrência de danos irreparáveis ou de difícil reparação.

Tomemos, por exemplo, uma empresa em que não se consiga impugnar o pedido de sua falência e se acabe por decretar-se a sua quebra; a empresa que chegue a tal ponto, dificilmente, conseguirá recuperar-se. Ocorre, então, o sucateamento do patrimônio, e os funcionários começam a ser despedidos.

Notório que, para que tudo isso ocorra, o juiz analisará o caso com muita cautela, antes de decretar a quebra de uma empresa; contudo, a idéia da liminar não cai por terra, pois ela seria um modo de precaver e assegurar os direitos e o modo de recuperação da sociedade devedora, além do que evitaria toda essa

discussão e tormento para o Judiciário que, dia por dia, mais se congestiona de ações.

Mas, se há pedido de falência contra a sociedade, ao invés de apresentar o plano de recuperação extrajudicial assinado por pelo menos 60% dos credores, por que não apresentar o pedido de recuperação judicial, mais abrangente?

Ora, sem dúvida, a apresentação do plano na via judicial seria mais abrangente como também não deixaria de ser uma boa escolha; todavia, o que aqui se pretende é apresentar uma alternativa tão boa quanto, mas no âmbito da recuperação extrajudicial.

Claro que a recuperação extrajudicial tem seus limites, tendo, obviamente, de se respeitá-los, pois, caso contrário, desvirtuar-se-ia tal instituto. Contudo, é plenamente razoável aperfeiçoar meios aptos a melhorar a recuperação extrajudicial.

Frise-se, o objetivo é alcançar a recuperação de maneira mais simplista possível, principalmente, para atender às necessidades das Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP), tendo em vista que, nestas, muitas vezes, uma mera renegociação de dívida quirografária resolve o desequilíbrio empresarial. Assim, é desnecessário o formalismo da recuperação judicial, bem como a contratação de administrador judicial, apresentação de demonstrativos mensais, intimação do Ministério Público, e as demais formalidades da recuperação judicial.

A principal função da concessão liminar da homologação obrigatória seria manter a recuperação extrajudicial como ferramenta simples para reestruturar as dívidas das pequenas empresas e atingir a sua melhora financeira, dispensando, desse modo, a recuperação judicial, muito mais formal e exigente.

A liminar impediria pedidos de falência de má-fé por parte da minoria dos credores contrários ao plano de recuperação, evitaria atitudes “infantis” por parte de um ou outro credor que, eventualmente, por razões imotivadas, pessoais e contrárias aos princípios jurídicos e econômicos, viessem a prejudicar a recuperação de uma empresa.

Nesse mesmo sentido, a liminar, também como já dito anteriormente, obriga a minoria contrária dos credores a respeitar o plano, evitando que os credores

usem o pedido de falência como método de cobrar suas dívidas das empresas inclusive, pressionando-as a pagar o débito para evitar a falência.

Para repisar a importância desse assunto, imaginemos que um credor ingresse com pedido de falência contra uma empresa que tenta, extrajudicialmente, a recuperação e já tenha a aderência de 60% dos credores e, neste momento, o devedor é citado para responder ao pedido de falência contra sua empresa; diante da situação, ele, rapidamente, colhe as assinaturas de todos os credores aderentes ao plano, junta-os aos demais documentos necessários e protocola o pedido de recuperação, requerendo a concessão da liminar de homologação do plano. Fundamentado o pedido e comprovados todos os requisitos para a concessão da liminar, pode usar como argumento a pendência de pedido de falência que corre contra a sua empresa inclusive.

Uma vez concedida a liminar homologando o plano de recuperação, ele junta a decisão judicial, tempestivamente, no pedido de falência, que corre contra sua empresa.

Desta feita, o empresário elimina o risco de se decretar a falência de sua empresa, ficando sua defesa resumida a, apenas, juntar o plano homologado por liminar. Com isso, também, não haverá necessidade de depósito elisivo<sup>13</sup>.

De primeira vista, parece ser meio impossível realizar todas essas providências dentro do prazo de resposta (10 dias) do pedido de falência; todavia, isso se dá com as empresas de pequeno porte, as quais, geralmente, concentram seus credores em nível regional, o que facilitaria conseguir a comunicação e assinatura da maioria dos credores em pouco tempo. Além disso, os advogados, nas comarcas locais, têm mais acesso aos magistrados, o que aumenta, até, a possibilidade de despacho, diretamente, com eles, a fim de agilizar a concessão da liminar.

Ademais, o juízo competente para processar tanto o pedido de falência como o de recuperação é o mesmo, qual seja, o local em que se situar o principal estabelecimento<sup>14</sup> da sociedade empresária devedora.

Segundo Coelho (2006, p. 261-262):

Nas comarcas em que houver mais de um juízo com competência para a matéria falimentar, a distribuição do primeiro pedido de falência ou de

---

<sup>13</sup> Elisivo é o depósito no valor da obrigação em atraso, tal depósito afasta no todo a decretação de falência.

<sup>14</sup> Vide nota de rodapé 09.

recuperação judicial referente a determinada sociedade devedora previne a competência para apreciação dos pedidos seguintes”, se na mesma comarca houver vários juízos da mesma competência, o primeiro pedido de falência ou de recuperação da mesma sociedade devedora.

Conclui ainda que:

O juízo da falência é universal. Isso significa que todas as ações referentes aos bens, interesses e negócios da massa falida serão processadas e julgadas pelo juízo perante o qual tramita o processo de execução concursal por falência. É a chamada aptidão atrativa do juízo falimentar, ao qual conferiu a lei a competência para conhecer e julgar todas medidas judiciais de conteúdo patrimonial referentes ao falido ou à massa falida.

Portanto, o juízo que vai apreciar o pedido de homologação liminar é o mesmo donde tramita o pedido de falência, o que torna ainda mais fácil a idéia de concessão liminar, vez que o juiz poderá apreciar a ambos concomitantemente. Com isso, além de conferir prestação jurisdicional de maneira célere e eficaz, ele ainda resolve, ao mesmo tempo, duas pretensões, economizando tempo processual e aliviando suas próprias tarefas.

## 5 – OS CREDORES ENVOLVIDOS

Dos credores envolvidos na recuperação extrajudicial, há categorias em que é defeso a elas qualquer tipo de alteração em seus direitos creditórios, ainda que de maneira mínima e insignificante. São sujeitos que não podem renegociar os créditos que detém perante empresário ou sociedade empresária por meio do expediente da recuperação extrajudicial. Nestes casos, só é possível renegociar ou alterar o crédito, tão somente, quando for disciplinado por regras próprias do crédito em questão, ou, quando inexistentes pelas regras do direito das obrigações.

Vejamos, então, os créditos preservados da recuperação extrajudicial, segundo a ótica de Coelho (2006, p. 439-440):

- Credores Trabalhistas – Dispensam-se maiores comentários quanto a esses créditos, pois tanto os créditos derivados da relação empregatícia como os de acidente do trabalho não podem ser alterados. Salários, férias e indenizações por rescisão de contrato de trabalho, bem como as perdas e danos e outras indenizações devidas ao acidentado, não se podem considerá-los no plano de recuperação extrajudicial; isso porque o trabalhador atua como a parte mais fraca e influenciável da relação, razão pela qual o legislador, com o espreque de evitar que estes se prejudiquem a si próprios, os impediu de renegociar seus créditos.

Aqui, para a melhor e devida compreensão do tema, estudaremos, igualmente, o modo como é disciplinada essa modalidade de crédito na falência com a atual legislação.

De início, podemos notar a correta atuação da lei, que busca ajudar as empresas em crises, permitindo que credores e devedores trabalhem em conjunto para encontrar soluções no sentido de permitir o pagamento dos débitos de forma menos gravosa aos envolvidos, ou seja, para os credores, no menor prazo possível e, para os devedores, de forma a garantir a continuação do negócio; no entanto, o legislador não deixou de proteger os credores trabalhistas, reconhecendo-os como agentes de produção, devendo ostentar prioridade na ordem de pagamento de dívidas.

De tal maneira, objetiva-se alcançar a plena função social da empresa, não se permitindo, entretanto, que a lei atue como instrumento de incentivo à indústria de fraudes, que permeia as atuais ações trabalhistas em processos falimentares. Neste sentido, há de se retomar a discussão acerca da limitação dos créditos trabalhistas no âmbito da falência, como forma de assegurar recursos para o pagamento dos efetivos créditos trabalhistas, que envolvem, geralmente, os trabalhadores de renda menor.

Consubstancia-se em atitude de *“plus valia”* assimilar para que se evite a ameaça ao direito de milhares de trabalhadores em favorecimento de um pequeno grupo de executivos, que, não raras vezes, em conluio com o acionista majoritário, procura burlar as restrições legais e desviar os escassos recursos do ativo remanescente da massa falida. Tal prática é observada em reiterados casos nas varas de falência de todo país, evidenciando a desconformidade com os bons propósitos do legislador, qual seja, o de preservar e assegurar o pagamento do crédito de natureza falimentar.

Neste contexto, existe a problemática de uma possível limitação dos créditos trabalhistas, que decorre de uma tradição histórica, havida na década de 40, quando, a exemplo da Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, os direitos dos trabalhadores eram largamente tutelados e excessivamente protegidos pelo Estado. Atualmente, a discussão deve seguir um novo vetor - a preservação dos postos de trabalho. Neste sentido, explica-se a limitação próxima a cento e cinqüenta salários mínimos que, certamente, pode contemplar o pagamento a uma parcela significativa de trabalhadores de uma empresa falida. Esta fórmula poderia prejudicar, talvez, um número reduzido de assalariados, mas, certamente, os que estariam enquadrados nos mais altos níveis hierárquicos da companhia.

Necessário dizer que os valores que venham a exceder esse possível limite no pagamento dos créditos trabalhistas definir-se-ão em lei como créditos quirografários, o que preservará, integralmente, as parcelas remanescentes, habilitando-se aqueles, ao longo do procedimento concursal, junto com os demais credores.

Portanto, a adoção de um limite possibilitará à massa de trabalhadores u'a maior chance de recebimento de seus créditos, vez que dados recentes do Tribunal Superior do Trabalho, relativos ao ano de 2002, indicam um valor médio individual de R\$ 2,4 mil por indenização, nos processos finalizados naquela justiça especializada.

- Credor Tributário - Em razão de o regime de direito público disciplinar essa categoria de crédito, a sua renegociação, no plano de recuperação, resta inadmissível. O credor tributário, somente mediante lei, pode conceder remissão ou anistia, ou prorrogar vencimento de obrigação de contribuinte, em virtude da indisponibilidade do interesse público. Prevê a lei própria a possibilidade de parcelamento, em determinadas condições, conforme parágrafos 3º. e 4º., do artigo 155-A, do Código Tributário Nacional:

O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica.

§ 3º. Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial.

§ 4º. A inexistência da lei específica a que se refere o § 3º., deste artigo importa em aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial, não podendo, neste caso, ser o prazo de parcelamento inferior ao concedido pela lei federal específica.

Atendidas as condições estabelecidas em lei, o empresário ou sociedade empresária terá direito ao benefício outorgado pela legislação tributária. Caso não preencha os requisitos, a autoridade tributária não tem meios nem pode autorizar o parcelamento, muito menos conceder qualquer outro benefício ao contribuinte, sob pena de ilegalidade do ato. Portanto, o crédito tributário exclui-se da recuperação extrajudicial.

- Proprietário fiduciário, arrendador mercantil, vendedor ou promitente vendedor de imóvel por contrato irrevogável e vendedor titular de reserva de domínio. Tais credores estão no elenco do parágrafo 3º., do artigo 49, da Nova Lei de Recuperação de Empresas:

Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 3º. Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contemplam cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º. do art. 6º. desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial.

Esses credores denominam-se “privilegiados”, haja vista que não se submetem aos efeitos da recuperação extrajudicial, pois eles têm seu direito certo e assegurado, que não se podem alterar contra a sua vontade. Isso não significa que estejam impedidos de renegociar, tal como acontece com o credor tributário e os trabalhistas em algumas hipóteses. Pelo contrário, se esses credores considerarem de seu interesse, podem negociar com o devedor em crise, com o objetivo de contribuir para a superação da empresa em dificuldade.

Não se trata de uma exclusão propriamente dita da recuperação extrajudicial, mas sim uma garantia e faculdade, ao mesmo tempo, conferida ao credor; portanto, significa, apenas, a absoluta impossibilidade da homologação judicial da recuperação extrajudicial atingir seus créditos, mesmo quando o plano tiver aprovação de 3/5 dos credores.

Aqui, insta retomar o que já se dissera, anteriormente, no tópico próprio da homologação obrigatória, no tocante à vinculação que ocorre ao plano de recuperação da minoria dos credores que não o aceitaram, visto que esse instituto não se aplica aos credores em estudo, não podendo ocorrer o que os advogados norte-americanos chamam de *cram down*<sup>15</sup>, expressão que significa “*enfiar goela abaixo*”.

- Instituição financeira credora por adiantamentos à exportação (ACC)  
– Preservam-se da recuperação extrajudicial, de modo que, também, não há viabilidade de seu crédito ser alterado contra sua vontade, conquanto a alteração defina-se como essencial à superação da crise do devedor.

---

<sup>15</sup> Vide nota de rodapé 12

Com exclusão dos credores acima, todos os demais sujeitam-se e obrigam-se aos efeitos da recuperação extrajudicial homologada, desde que o plano de recuperação tenha preenchido todos os requisitos e com a anuência de pelo menos 60% (sessenta por cento) dos credores de cada espécie atingida. Nesse caso, sim, a minoria renitente vincula-se ao plano, ainda que contra sua vontade.

Uma vez distribuído o pedido de homologação, os credores que ao plano de recuperação aderirão não poderão dele desistir, salvo se os demais credores envolvidos (signatários) concordarem, conforme disposição do parágrafo 5º, do artigo 161, da lei 11.101/2005:

§ 5º. - Após a distribuição do pedido de homologação, os credores não poderão desistir da adesão ao plano, salvo com a anuência expressa dos demais signatários.

Isso se justifica em razão do risco por que passa o interesse de todos, não podendo um credor comprometer a oportunidade de recuperação do devedor e a satisfação dos demais credores. Logo, se o credor aderiu ao plano e dele quer desistir, para que tal ato seja válido e eficaz, deve haver anuência, tanto dos demais credores como do próprio devedor, vez que a recuperação extrajudicial deve ser considerada sempre em sua integralidade.

Quando da confecção do plano, cada credor aderente vai dar uma parcela de contribuição para o objetivo pretendido, qual seja, a recuperação extrajudicial da empresa; a desistência de qualquer um dos credores pode tornar-se prejudicial e comprometedora a todos os demais, razão pela qual a lei criou a exigência do parágrafo 5º, do artigo 161, da lei 11.101/2005.

## 6 – COMENTÁRIOS ACERCA DO PARCELAMENTO DE DÍVIDA FISCAL

Como já se vem demonstrando ao longo do presente trabalho, há de se considerar que a Nova Lei de Falências veio ao encontro das expectativas atuais dos empresários, respeitando o princípio da manutenção das atividades das empresas, buscando, desta forma, a recuperação daquelas que passam por dificuldades, ao contrário da antiga lei, que previa, ao final, uma solução drástica, ou seja, a sua liquidação, e, não conseguindo liquidar seus débitos no prazo proposto, a sua conseqüente quebra.

Esperava-se e, agora, já se revelou uma realidade palpável que esta fase de transição entre a antiga lei e a nova traria inúmeras discussões acerca da sua efetividade, dependendo, e muito, de uma nova construção doutrinária e, principalmente, jurisprudencial, que já teve início, mesmo que de maneira muito tímida, a se firmar.

A lei exige tanto na recuperação judicial como na extrajudicial, quando neste segundo modelo houver homologação em juízo, que, após a aprovação do plano pelos credores, há necessidade de que a empresa objeto da recuperação apresente as Certidões Negativas de Débitos Fiscais, conforme disposto no artigo 57, da Nova Lei de Falências:

Após a Juntada aos autos do plano aprovado pela assembléia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55<sup>16</sup> desta lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei nº. 5.172, de 25 de outubro de 1996 – Código Tributário Nacional.

Assim, o que se espera do Judiciário consiste na aplicação da norma com interpretação mais benéfica à empresa em recuperação, de modo a dispensar a apresentação de tais certidões negativas, com o fito de não jogar por terra todos os esforços da empresa e de seus credores, mesmo porque o fisco não participa em

---

<sup>16</sup> - Lei nº 11.101/2005 – Art. 55 – Qualquer credor poderá manifestar ao juiz sua objeção ao plano de recuperação judicial no prazo de 30 (trinta) dias contados da publicação da relação de credores de que trata o § 2º., do art. 7º., desta lei.

nenhum momento da negociação e tal pendência esbarra nos objetivos primordiais da lei.

Para socorrer a empresa com débitos perante o Fisco, a nova lei de falências prevê a elaboração de uma norma complementar que viesse a definir o parcelamento dos débitos tributários; confira-se o artigo 68, da Nova Lei de Falências:

As Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos na lei nº. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.

Desta forma, caso o Judiciário mantenha a obrigatoriedade da apresentação das certidões negativas, sem ao menos possibilitar o parcelamento de débitos, teremos, na realidade, uma norma de exclusão de empresas em dificuldades e não uma lei de recuperação, ou seja, as empresas que mais precisam do parcelamento privar-se-ão dele.

Contudo, o que se pretende com a recuperação extrajudicial é aperfeiçoá-la, de modo a criar uma ferramenta, potencialmente, capaz de restaurar a situação de equilíbrio das empresas; nesse sentido, mesmo diante da inexistência de legislação complementar que possibilitaria o parcelamento de débitos para a empresa em recuperação, esta, por meio da contratação de um escritório especializado, pode utilizar-se de diversos outros meios legais para garantir os débitos e efetivar o plano de recuperação.

Dentre esses meios figuram a recuperação judicial e a extrajudicial, de modo que, por meio desta última, pode a empresa devedora renegociar, prolongar vencimentos, parcelar os créditos quirografários, vez que a lei permite modificação no modo de pagamento dessa modalidade de créditos.

Desta feita, deve a empresa devedora centrar seu objetivo em incluir, na recuperação extrajudicial, a dívida quirografária. Caso, mesmo parcelando estas dívidas, não consiga a empresa adimplir as obrigações fiscais, seria porque, muito provavelmente, seja ela inviável e incapaz de produzir rendimentos para o seu próprio custeio.

Por outro lado, há, também, as empresas em que a maioria do passivo é composto por dívida fiscal; nestes casos, evidencia-se que, apenas, o parcelamento do débito quirografário, que por sua vez é ínfimo, não se torne suficiente para conferir êxito ao plano de recuperação e restabelecer o equilíbrio da empresa.

Nesta conjuntura, surge o grande problema por causa da dificuldade de incluir a dívida fiscal nos parcelamentos oferecidos pelo Estado, tendo em vista que não há flexibilidade na concessão de parcelamento às empresas em crise.

Oferecem-se os parcelamentos nos mesmos moldes para qualquer empresa, em crise ou não. Ocorre, em consequência, que as empresas desiguais são tratadas de forma igual, o que, infelizmente, acaba por gerar desigualdades.

Esse tipo de tratamento igualitário às empresas em situação diversa contraria o que já pregava Aristóteles (ano, p.) apud **Noberto Bobbio (ano, p. 26)** *“tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem”*.

Apenas por caráter informativo, cumpre citar alguns planos de parcelamento, uns em vigência outros não mais:

- Parcelamento Convencional – Regulado pela Lei nº. 8.212/91, esse é o parcelamento padrão que sempre existiu e ainda se encontra em plena vigência, admissível tanto na via administrativa como na judicial<sup>17</sup>.

- Parcelamento Especial (PAES) – Regulado pela Lei nº. 10.684/2003<sup>18</sup>, não vige mais.

- Parcelamento Extraordinário (PAEX) – Previsto na MP 303/2006 – IN 13/2006<sup>19</sup>.

- Recuperação Fiscal (REFIS) – Lei nº. 9.964/2000 - O Programa de Recuperação Fiscal foi lançado pelo Governo Federal, oferecendo às empresas a oportunidade de pagar em parcelas seus débitos fiscais e previdenciários,

---

<sup>17</sup> Maiores informações em: [www.receita.fazenda.gov.br/](http://www.receita.fazenda.gov.br/) - vide também: [www.conpedi.org/manaus](http://www.conpedi.org/manaus)

<sup>18</sup> Maiores informações em: [www.receita.fazenda.gov.br/Paes](http://www.receita.fazenda.gov.br/Paes)

administrados pela Secretaria da Receita Federal e pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, existente até 29 de fevereiro de 2000. As que mais se beneficiam são as microempresas e empresas de pequeno porte, porque podem parcelar as dívidas do SIMPLES, que, por sua vez, não precisam prestar garantias quando estiverem inscritas no SIMPLES e o total da dívida for inferior a R\$ 500.000,00. Outra vantagem de optar pelo REFIS é a anistia do crime de apropriação indébita em relação ao IR/Fonte e ao INSS, descontados de terceiros e não recolhidos aos cofres públicos<sup>20</sup>.

Qualquer que seja o parcelamento, para obtê-lo, o devedor tem de fazer a confissão da respectiva dívida, uma vez que, não cumprindo o parcelamento feito na via administrativa, não poderá mais esse mesmo débito ser reparcelado na via judicial, ou seja, na ação de execução movida pelo INSS o procurador estará impedido de parcelar o débito exequendo.

### **6.1 – Comparativo de tratamento na esfera penal e cível acerca da apropriação Indébita de Contribuições do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)**

A omissão no repasse da contribuição previdenciária é motivada por dificuldades financeiras da empresa, sendo esta a alegação mais comum por parte dos réus infratores inclusive, quando interrogados.

O contingente de empresários nesta situação é tamanho que a jurisprudência tem se mostrado flexível, a ponto de acolher a tese de excludente de culpabilidade fundada em dificuldades financeiras, o que, porém, deve ser apreciado em cada caso concreto.

Essa posição se reforça, também, em razão de não haver, propriamente, um desconto ou arrecadação no sentido físico, visto que, mesmo que a empresa ainda não tenha se apropriado da contribuição do funcionário, ela já o deve ao fisco.

É verdade que a dificuldade financeira não é reconhecida, de modo geral, como excludente de ilicitude em crimes contra o patrimônio. No caso,

---

<sup>19</sup> Maiores informações em: [www.receita.fazenda.gov.br/PessoaJuridica/Paex](http://www.receita.fazenda.gov.br/PessoaJuridica/Paex)

<sup>20</sup> Maiores informações em: [www.ccsa.ufpb.br](http://www.ccsa.ufpb.br) e [www.receita.fazenda.gov.br/legislação](http://www.receita.fazenda.gov.br/legislação)

porém, isto decorre da própria estrutura típica, em que o empresário é obrigado a recolher os valores mesmo que não tenha deles efetivamente se apropriado, porque o pagamento é anterior à própria arrecadação fictícia dos valores<sup>21</sup>.

O puro e simples fato de a empresa estar em crise e com dificuldades financeiras não se consubstancia em razão suficiente para justificar a excludente de culpabilidade, devendo-se, então, considerarem-se todas as circunstâncias, na riqueza do caso concreto.

Nota-se que, aqui, por intermédio da flexibilidade para com as empresas, também, a jurisprudência tem reconhecido, com mais nitidez e de maneira mais explícita, a importância e a relevância de manter as empresas em funcionamento, haja vista a sua importância na realização da função social.

Tranquilo e cada vez mais claro que não se pode, de modo simplista, afirmar que o empresário impossibilitado de recolher os tributos deverá fechar a empresa, pois é de lá que tira seu sustento e também de seus empregados.

Indiscutível se nos parece que, quando uma empresa encontra-se em dificuldades financeiras, a via dos empréstimos bancários mostra-se, quando não fechada, bastante limitada. Muitas vezes, também, não há patrimônio social ou pessoal a vender-se. Diante de tal situação, não há de onde o empresário, pelo menos momentaneamente, levantar capital apto à superação da crise e recuperação da empresa.

Tal situação é típica e justificável ao não pagamento dos tributos, em prol da satisfação dos salários e da própria sobrevivência da empresa; em assim sendo, o não sacrifício destes dois últimos atende à aplicabilidade dos princípios do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana.

Penal. Omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias. Inexigibilidade de conduta diversa. Dificuldades financeiras comprovadas. Intervenção do estado na economia e violação aos princípios da livre iniciativa e do regime capitalista. Inocorrência. (TRF4, AC 200204010496801/SC, Fábio Rosa, 7ª Turma, un., 18.03.03).

---

<sup>21</sup> BALTAZAR Junior Paulo, José, Crimes Federais, 2ª edição, E. Livraria do Advogado, 2007

Entretanto, dever-se-á observar que a atividade empresarial traz riscos inerentes a si mesma, sendo certo que nenhum empresário pode considerar-se livre de ter momentos de dificuldades em seus negócios; nesta seara, há entendimentos contrários quanto à relevância ou não da qualidade da gestão, quando da análise de exclusão de culpabilidade ou não da apropriação indébita.

Uma primeira corrente é no sentido de que é irrelevante analisar a qualidade da gestão da empresa, para os efeitos da exclusão de culpabilidade frente à apropriação indébita; confirmam-se os fundamentos do julgado a seguir:

Incabível analisar se houve má administração da empresa, pois o crime aqui discutido não é o de má administração, mas o de não-recolhimento de contribuições. Condenar o réu apenas porque não soube gerenciar com eficiência a sociedade seria criar um novo tipo penal, o de má gestão empresarial, o que não é permitido ao Poder Judiciário. (TRF4, AC 200204010496801/SC, Fabio Rosa, 7ª. T. um., 18.03.03)

Por outro lado, há também entendimento contrário, como:

“A dificuldade financeira apta a excluir a culpabilidade deve ser contemporânea à omissão do recolhimento, precisa ser objetiva e racionalmente explicada e demonstrada com documentos pelos quais possa evidenciar que não decorrem elas de mera inabilidade, imprudência ou temeridade na condução dos negócios, e, principalmente, tem de resultar de um conjunto de circunstâncias imprevisíveis ou invencíveis que tenham comprometido ou ameaçado inclusive o patrimônio pessoal do sócio-gerente ou administrador”. (TRF4, AC 200104010065391/RS, Volkmer de Castilho, 8ª. Turma., un., 11.03.02)

De qualquer modo, o que se espera da empresa em crise é que esta promova o saneamento de si mesma, para tanto, injetando recursos próprios, procurando créditos, diminuindo o quadro de pessoal, racionalizando despesas, procurando uma fusão, redirecionamento ou diversificação no ramo de atuação, enfim, o empresário tem liberdade e, ao mesmo tempo, dever de eleger qualquer método apto a restabelecer o equilíbrio da empresa, só não podendo manter-se inerte perante a situação de instabilidade.

Vale enfatizar que, além desses meios citados, há ainda outros, dentre os quais se encontra a recuperação extrajudicial, que podem aplicar-se, perfeitamente, de modo a renegociar dívidas, prolongando-as, modificando seu

modo, termos de cumprimento, enfim, tudo conforme já fora explicitado em capítulos anteriores, etc.

Enquanto a empresa não se restaura, para que esta seja mantida funcionando será privilegiado o pagamento de dois créditos, quais sejam, dos empregados e dos fornecedores essenciais. A justificativa disso é simples e evidente, pois os primeiros não trabalham de graça e dependem, na maioria das vezes, exclusivamente, do salário para o sustento seu e de sua família, em razão de ser esta a única fonte de renda familiar. Portanto, a prioridade no pagamento dos funcionários é indiscutível. Quanto aos créditos dos fornecedores essenciais, também, reputam-se prioritários, haja vista que, se estes não receberem pelos seus produtos, conseqüentemente, suspenderão o fornecimento dos suprimentos, sejam insumos, matérias-primas ou qualquer outro, dependendo do ramo em que a empresa atua.

Denota-se que, em tal situação transitória, considera-se admissível a empresa omitir-se no recolhimento das contribuições devidas ao fisco, podendo exculpar-se, penalmente, em razão das dificuldades financeiras inclusive.

A viabilidade da empresa, ou seja, a sua possibilidade de saneamento e recuperação justifica e motiva tal flexibilidade da jurisprudência ao extinguir a punibilidade por apropriação indébita; vemos que a empresa, nestes moldes, deve ser preservada, se possível até incentivada, pois ela tem potencial para oferecer empregos, produção e, conseqüentemente, o exercício da função social.

Tudo isso, se observado de maneira panorâmica, pode comparar-se a u'a máquina movida por várias engrenagens, sendo estas todos os envolvidos, os credores, empresário e a justiça. De modo que, se estes atuarem em harmonia, cada qual desempenhando seu dever de maneira inteligente, a máquina funciona, e todos se beneficiam, seja a justiça, atuando com flexibilidade, os credores dispostos a renegociar seus créditos em benefício de todos e de si próprio inclusive. E, por fim, o empresário, buscando a recuperação de sua empresa, pelos meios acima citados, de modo especial, usando o instituto da recuperação extrajudicial.

Porém, transparece evidente que não se pode permitir que a situação de inadimplência perante o fisco se torne permanente para o financiamento da empresa, vez que esta precisa desenvolver capacidade, potencialmente, de se manter por seus próprios meios.

Não se pode aceitar, a pura e simples desconsideração do recolhimento das contribuições arrecadadas como sistemática normal de funcionamento, como opção livre e consciente do empresário<sup>22</sup>.

Desta feita, uma vez observado que as medidas saneadoras não lograram êxito, e, não havendo outros recursos à vista, detectando, definitivamente, a inviabilidade da empresa, não restará outra alternativa senão a falência. Nesta ocasião os créditos públicos terão o privilégio que merecem, pois a lei conferiu prioridade ao pagamento das contribuições arrecadadas.

Veja-se que é dada, à empresa, a oportunidade de tentar recuperar-se; caso não consiga, sobrevém, infalivelmente, a falência. Daí por diante, a sobrevivência da empresa perde o valor que antes tinha, passando a ter prioridade doravante, não só a satisfação dos créditos trabalhistas, como também o pagamento da carga tributária, revertendo, assim, para o bem de toda sociedade.

Embora a jurisprudência, na esfera penal, tenha sido flexível em relação à apropriação indébita, aplicando o princípio da inexigibilidade de conduta diversa inclusive, o mesmo não ocorre na esfera cível, vez que a lei nem ao menos possibilita o parcelamento dessa modalidade de crédito fiscal.

### **6.1.1 – Argumentos contra e a favor da Inexistência de Parcelamento de Dívida Originária de Apropriação Indébita**

A princípio, podemos imaginar que seria injusto, e até mesmo incompreensível por parte do INSS, o não parcelamento de Dívidas Originárias de Apropriação Indébita das empresas em crises.

---

<sup>22</sup> BALTAZAR Junior Paulo, José, Crimes Federais, 2ª edição, E. Livraria do Advogado, 2007

Ora, se a lei penal tem sido aplicada com tanta flexibilidade a esta infração de Apropriação Indébita, a ponto de ser excludente de culpabilidade sob o fundamento de inexigibilidade de conduta diversa inclusive, qual a razão de a lei civil ser tão severa, a ponto de sequer prever parcelamento dessa modalidade de débito?

Para responder a essa pergunta, temos de analisar, de modo crítico, o “custo benefício” de conceder o parcelamento a tais dívidas, e, para tanto, vejamos, agora, algumas das razões que poderiam justificar a concessão ou não de parcelamento para tais débitos.

Primeiramente, anatem-se as razões que, eventualmente, justificariam a concessão do parcelamento:

- Se a maioria do passivo for desta natureza: provavelmente, a empresa que tem a maioria do passivo originário de apropriação indébita, mesmo parcelando as demais dívidas, que por sua vez atingem patamares ínfimos, não constituirá um acervo suficiente para conferir êxito ao plano de recuperação e restabelecer o equilíbrio da empresa. Ela estará perdida, já que não há como parcelar essa dívida, nem amealhará condições de pagar de uma só vez;

- Empresa viável em crise inesperada: suponhamos que a empresa seja viável e ostente esse débito, exatamente, em razão de uma crise que a impossibilitou de agir de maneira diversa (não repassar a contribuição previdenciária), mesmo que de forma, plenamente, justificada, a empresa está condenada à quebra e conseqüente liquidação, dada a falta de previsão legal para esse tipo de parcelamento;

- Inexigibilidade de conduta diversa: a crise surge como causa superveniente, que acaba por comprometer a saúde financeira da empresa, e, diante da curta receita frente às dívidas, tem o devedor de selecionar os credores mais importantes a serem pagos; entre esses, incluímos os trabalhadores e os fornecedores essenciais, pois, caso contrário, se inviabilizaria a atividade da empresa, a ponto desta paralisar-se. Percebe-se, então, que a retenção da contribuição previdenciária é uma conduta do devedor, e não se teria como exigir dele a atuação de maneira diversa.

Por outro lado, há, também, argumentos que justificam o não parcelamento dessa modalidade de dívida originária de apropriação indébita; confira-se:

- As empresas devem renegociar as demais dívidas quirografárias e pagar as de origem fiscal: uma devedora que não consiga renegociar a dívida quirografária e pagar a fiscal, fatalmente, se tornará uma empresa inviável, conforme já explanado anteriormente no capítulo 6;

- O descumprimento de eventual parcelamento traz prejuízo coletivo: suponhamos que tal modalidade de parcelamento existisse; caso a empresa devedora descumprisse, o prejuízo seria de toda a sociedade brasileira, vez que haveria menos arrecadação para os cofres públicos;

- Benefício em demasia: dentre as várias modalidades de parcelamento de que a lei dispõe, a empresa ainda quer mais um? Ainda mais de dívida originária de infração penal. Considera o INSS “*muita banana por um tostão*”<sup>23</sup> esse parcelamento.

- A empresa que não paga o fisco, grosso modo torna-se inviável e se torna prejudicial: traz prejuízo para a sociedade<sup>24</sup> e põe em risco as demais empresas<sup>25</sup>.

Destarte, há bons argumentos tanto para uma vertente como para outra, porém, parece-nos que o Estado optou de maneira definitiva, não parcelar essa modalidade de dívida, visto que, anteriormente, havia previsão nesse sentido, e hoje não mais.

Acreditamos que a melhor forma seria conceder o parcelamento, sim, mas desde que, criada uma Lei regulamentando, e estabelecendo requisitos específicos para a concessão. Analisando, caso, a caso, com critérios objetivos, e

---

<sup>23</sup> Essa expressão vem de uma época em que a banana era muito barata, e era vendida em grande quantidade por um preço baixo; no contexto acima significa que é muita “mordomia” para as empresas devedoras, com pouco retorno aos cofres públicos.

<sup>24</sup> vide capítulo: 7.1 - a sociedade brasileira paga pela recuperação das empresas

<sup>25</sup> vide tópico 7.3 – a manutenção de empresa inviável é prejudicial às demais.

análise das respectivas peculiaridades. Com isso só teriam direito ao benefício às empresas que realmente fizessem jus, apresentando fundadas razões de terem incidido na infração de apropriação indébita.

## **7 – Empresas que não fazem jus à Recuperação**

Até o presente momento, o que tem se explanado e buscado resume-se em demonstrar a importância das empresas frente à economia, bem como a importante função social que exercem. Também, como já dito reiteradas vezes, não há como se negar que a quebra de uma empresa prejudica a todos que dela dependem e, de modo geral, toda a sociedade. Nesta seara, apresenta-se a recuperação extrajudicial como ferramenta apta a evitar a quebra.

Não obstante, não se pode erigir a recuperação de empresas a um valor absoluto. Deve-se analisar cada uma de uma forma individualizada para, só assim, conferir se merece ou não a recuperação judicial ou extrajudicial.

Para por em prática o princípio de conservação da empresa, deve-se conjugá-lo, juntamente, com o princípio da razoabilidade. Sempre que uma empresa encontrar-se em crise, deve-se indagar o seguinte: é razoável mantê-la em funcionamento? Para responder a essa pergunta, devem-se observar uma série de fatores, sendo o primeiro a viabilidade da empresa.

Não se pode criar, com a recuperação extrajudicial, um mecanismo indiscriminado de conservação de qualquer empresa; mister saber em que casos as empresas devem ser liquidadas ou preservadas.

Isto não quer dizer que o novo direito deve estabelecer um critério rígido de seleção, mas deve apontar um padrão de empresa recuperável, que contenha, ao menos, as condições mínimas compatíveis com o interesse social que se pretende conservar.

De modo geral, o direito concursal deve ser um marco legal que permita, com menores custos sociais possíveis, a reestruturação ou o desaparecimento de empresas ineficientes, deslocando os fatores de produção para campos de maior rentabilidade, ou seja, a empresa quebrada passa a atuar em outro ramo, ou agrupa-se a outra sociedade empresária, pois, só assim, poderá retomar o equilíbrio.

Infelizmente, o contingente de empresas em crise no mercado, atualmente, é muito grande, muitas delas inviáveis, sem capacidade de gestão, dentre outras deficiências. Com isso, a nova lei de falências, ao contrário do que se pensa, aplicar-se-á a um percentual pequeno em relação às empresas em dificuldades, pois não se busca manter empresas ineficientes. Deve-se ter em mente que nem mesmo o interesse exclusivo dos empregados pode prevalecer em detrimento dos contribuintes que pagam as subvenções, e do conjunto da sociedade que sofre as conseqüências da baixa produtividade e ineficiência dessas empresas.

Diante de estudos econômicos, verifica-se que a conservação da empresa em situação de crise só pode apresentar-se como uma solução correta se os custos com a sua conservação forem menores do que com a sua liquidação. Deve-se, portanto, antes de qualquer atitude, verificar os custos com a manutenção da empresa.

Resulta nítido que manter empresas ineficientes com a finalidade de evitar o desemprego consiste em erro palmar, muito grave, seria o mesmo que *“remediar uma doença incurável”* ou adiar o inevitável, sua posterior quebra.

Em tese, o que se deve ter, sempre, em mente, ao conceder ou não a recuperação a uma empresa, é o princípio que se deve aplicar em todos os ramos do Direito, qual seja, o da razoabilidade.

## **7.1 - A Sociedade Brasileira Paga Pela Recuperação das Empresas**

A recuperação de uma empresa exige mudanças, seja reorganização de atividades, ou qualquer outro meio; isso implica repercussões de alto custo, não só para um grupo de pessoas, mas para toda a sociedade, como bem observa o professor Coelho, p. 382:

Alguém há de pagar pela recuperação, seja na forma de investimentos no negócio em crise, seja na de perdas parciais ou totais de crédito. Em última análise, como os principais agentes econômicos acabam repassando aos seus preços as taxas de risco associados à recuperação judicial ou extrajudicial do devedor, o ônus da reorganização das empresas no Brasil recai na sociedade brasileira como um todo. O crédito bancário e os

produtos e serviços e consumidos ficam mais caros porque parte dos juros e preços se destina a socializar os efeitos da recuperação das empresas.

A taxa de juros, produtos e serviços ficam mais inacessíveis, pois neles se repassa uma taxa destinada a suprir os riscos dos empréstimos destinados às empresas em recuperação.

Ora, poucos têm informação e formação intelectual, que lhes permitam ter consciência de que pagam taxas agregadas aos produtos que consomem, principalmente em relação aos financiamentos e empréstimos.

Tais custos, embora reais, se dão de maneira “abstrata”, pois a sociedade acaba pagando por isso sem perceber; por isso, o Judiciário, em justiça e benefício de todos, deve conceder a recuperação só para as empresas que realmente merecem.

Repita-se; com a recuperação de empresas, quem paga por esse custo, em última instância, é toda a sociedade brasileira, razão pela qual os juízes devem estabelecer critérios eficazes ao apreciar um plano de recuperação judicial ou homologar o de recuperação extrajudicial.

Pesquisas realizadas com base no direito norte-americano demonstram um elevado índice de erros nas decisões judiciais, no tocante à viabilidade econômica das empresas, vez que a tendência, tanto dos credores como do juiz, inclina-se no sentido de menosprezar os riscos de fracasso de uma empresa em crise; deste modo, grande parte das empresas americanas, reorganizadas na forma da lei e que foram consideradas viáveis judicialmente, duraram muito pouco no mercado, tudo devido à falta de identificação dos custos para a sua manutenção, como por exemplo a PanAm<sup>26</sup>.

Por outro lado, mesmo fora deste tópico, insta mencionar, ainda, os gastos imediatos com a recuperação, pagos somente pela sociedade devedora; anatem-se as custas processuais, honorários, dentre outras despesas.

---

<sup>26</sup> *Revista Jurídica Cesumar - Ano I - Nº 1 – 2001 - preservação da empresa tutela jurídica e bem jurídico protegido –www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewPDFInterstitial/449/223*

Neste momento, deve-se analisar a viabilidade da empresa, se é razoável ou não mantê-la em funcionamento; para tanto, ela deve se mostrar digna de receber o sacrifício de toda a sociedade em prol de sua recuperação para a sua permanência na atividade.

Tal viabilidade se dá quando verificado que a empresa, se recuperada, terá condições de retribuir quando não a totalidade, mas boa parte do sacrifício que a sociedade brasileira experimentou por sua causa.

## **7.2 – Verificação da Viabilidade da Empresa**

Para uma empresa recuperar-se deve ser viável. Evidente que a noção de viabilidade não se resume, tão-somente, a uma apreciação financeira, devendo ser analisado um conjunto de caracteres, para, só assim, considerar-se sua viabilidade. Considera-se, também, na situação de inviabilidade a empresa que não tem independência financeira e econômica de modo permanente.

Uma empresa economicamente recuperável é aquela capaz de remunerar, normalmente, os capitais nela empregados, pois, se isto não ocorrer, com o tempo, parte da fonte essencial de seu financiamento desaparecerá, e, nesta situação, a empresa tenderia a ser subvencionada pelo Poder Público<sup>27</sup>, cujos inconvenientes são evidentes.

Vale lembrar que a apreciação da viabilidade da empresa deve medir-se e analisar-se por um contexto global e panorâmico, sempre considerando suas reais perspectivas de rentabilidade e importância social.

Portanto, qualquer plano de recuperação e conservação de empresa deve ter como prioridade a identificação das condições econômicas, financeiras, sociais e jurídicas, verificando-se, ainda, de forma objetiva, se estes planos podem ser efetivamente alcançados.

---

<sup>27</sup> - Subvencionada pelo poder Público em razão da eventual ou conseqüente inadimplência em relação aos tributos, que por sua vez também prejudica toda a sociedade com isso.

Segundo os ensinamentos do professor Coelho, p. 383, para a constatação da viabilidade ou não da empresa o Judiciário deve analisar os seguintes fatores:

- Importância Social – A empresa deve ter tanto potencial econômico para reerguer-se como importância social. Este último requisito não exige somente que os especialistas se ponham de acordo com a consistência do plano de reorganização do ponto de vista técnico. Mas, também, é necessário que a empresa represente real importância para as economias locais, regionais ou nacionais, sendo de suma importância que a empresa se reorganize e volte a operar em regular estado.

- Mão-de-obra e tecnologia empregadas – Tal fator deve-se analisar com muita cautela para evitar-se que a situação se torne incompatível, ou seja, pode ocorrer de a recuperação da empresa depender, exatamente, de modernização e avanço tecnológico, que, conseqüentemente, implicaria desemprego dos funcionários; contudo, a única forma de recuperação seria a aplicação da tecnologia, caso contrário, a empresa não se reorganiza.

- Volume de ativo e passivo – Para diagnosticar a empresa, ante a sua viabilidade ou não, importante que se detecte que tipo de crise ela enfrenta, econômica, financeira, patrimonial, para, só assim, remediar da maneira correta a crise. Se houver mais de uma crise, a solução já exige medidas mais complexas. Desta feita, reflete imprescindível a apuração do volume de ativo e passivo da empresa, para se ver, se diante do estado em que se encontra, é viável ou impossível o reerguimento.

- Idade da Empresa – O tempo de operação da empresa influencia muito sua viabilidade ou não, vez que as que funcionam há pouco tempo não devem receber o mesmo tratamento dado às mais antigas, de décadas de reiteradas contribuições para a economia local, regional ou nacional. Porém, não significa dizer que apenas as empresas de longo tempo de funcionamento terão acesso à recuperação. As empresas mais jovens podem, perfeitamente, ser objeto de recuperação, desde que preencham os requisitos da lei e possuam potencial econômico, bem como importância social significativa.

- Porte econômico – parece nítido que, ao tratar da viabilidade da empresa, há de se observar o seu porte, para, assim, atribuir-se tratamento a ela conforme merece. Haja vista que uma pequena microempresa não tem a mesma importância que uma rede de postos, ou qualquer outra grande empresa, pois aquela tem menos importância social, sendo mais fácil de ser substituída na economia.

### **7.3 – A Manutenção de Empresa Inviável é Prejudicial às Demais**

Após estudarmos os fatores que revelam a inviabilidade da empresa, vejamos, agora, os prejuízos que podem sobrevir, caso essas sejam mantidas na ativa.

Uma empresa em crise e que não seja viável torna-se perigosa, de modo que, se não tirada de atividade, continuará operando e cada vez mais se endividando. À medida que aumenta suas dívidas, aumenta também o número de credores prejudicados; com isso, coloca-se em risco, não só a empresa que já estava em crise, como também seus credores, que cada vez mais tem créditos que não se satisfazem.

Pertinente se faz mencionar os ensinamentos de Fazzio Junior (2005, p. 22):

Somente quando o organismo da empresa exterioriza sinais tanatológicos, ou seja, quando a crise econômico-financeira atinge o grau de insolvência irreversível, é que se justifica a adoção de condutas liquidatórias. A questão, nesse caso, é prevenir a eventual disseminação dos efeitos da débâcle da empresa no mercado. Se impossível a cura, faz-se mister a liquidação, como medida protetiva do crédito público em face do contágio.

Esta situação não nos parece rara ou difícil de se ver; contrário senso, às vezes é até muito comum. Tome-se como exemplo uma empresa, “Couro & Cia”, que trabalha no ramo de produção, fazendo bolsas, cintos e outros derivados de couro; encontra-se em crise e na expectativa de se reerguer; aí, decide aumentar sua produção e, para tanto, faz uma grande encomenda de matéria prima à empresa “Bom Couro Ltda”; esta última, estando com seu orçamento estreito, mas, na intenção de atender ao pedido da primeira empresa e lucrar com isso faz um empréstimo de valor alto de uma terceira empresa, para, assim, adquirir matéria-

prima e preparar material suficiente para atender ao pedido feito pela empresa “Couro & Cia”.

Nesta situação, o capital despendido em razão do pedido é bem alto; imaginemos, agora, que a primeira empresa do exemplo acima, que já se encontrava em crise, em razão de não conseguir vender os produtos produzidos, venha a inadimplir sua obrigação perante a empresa “Bom Couro Ltda”. Tal inadimplemento acabou por ocasionar a quebra em efeito “dominó”, vez que a primeira não paga a segunda que por sua vez também não terá condições de pagar a terceira, em razão da imensidão do desfalque de capital. Essa terceira empresa que efetuou o empréstimo, caso não tenha subsídios para superar o desfalque, também, entrará em crise, que, conseqüentemente, repassará o inadimplemento a seus credores.

Veja que, se o prejuízo for muito alto, se repassará a uma extensa cadeia de credores, podendo acarretar de maneira brusca a quebra de muitos deles.

Diante do exemplo, devemos tirar duas conclusões: primeiramente, as empresas têm de ter muita cautela ao conceder crédito, ainda mais quando se tratar de valor tão significativo; tal conclusão foge ao nosso tema, por isso, vamos delimitar esse assunto. Quanto à segunda conclusão, esta sim interessa ao estudo em tela, visto que consiste no prejuízo de manter uma empresa inviável em atividade.

Mesmo que as empresas tenham cautela ao conceder crédito, não se justifica manter as sociedades inviáveis em atividade, pois, numa ou noutra ocasião, elas acabam por camuflar a sua situação de crise e conseguem crédito, envolvendo assim mais empresas na crise, podendo acarretar a quebra em efeito “dominó”, como já mencionado acima.

A empresa em crise pode ser comparada a um “*barco afundando*”, de modo que todos os credores que nele subirem afundam junto, ou seja, aqueles credores que ficam na dependência do pagamento de seus créditos pela sociedade em crise correm alto risco, sendo provável a sua conseqüente quebra.

## **8 – CONCLUSÃO**

Ante ao que foi estudado no presente trabalho, fica evidente o grande avanço da legislação falimentar com o advento da Lei 11.102/05, haja vista a flexibilidade desta e preocupação com a recuperação das empresas.

Antes da atual lei de falências vigorava era o Decreto-Lei nº 7.661/45, que apresentava forma severa de tratar as empresas em crises; em razão disso, era grande o ponto de discussão tanto na doutrina como na jurisprudência. A rigidez do Decreto-Lei era tamanha que qualquer tentativa do devedor em renegociar seu passivo junto aos credores era considerado como ato de falência, o que acabava por inibi-los e preferiam não arriscar.

Atualmente, a lei regula, expressamente, a recuperação das empresas, possibilitando a renegociação da dívida tanto pela via judicial como pela extrajudicial. Abordou-se, então, no presente trabalho, esta última, com o esboço de aperfeiçoar a recuperação extrajudicial, tornando-a uma ferramenta eficaz na solução de crises empresariais.

Conclui-se, que por ter a lei pouco tempo de vigência, é de grande valia para o meio empresarial o seu estudo, voltado a preencher suas eventuais lacunas, bem como interpretá-la de maneira inteligente a atender a função sócio-econômica. A exemplo disso, no estudo retro, abordou-se a homologação do plano de recuperação extrajudicial, de modo a apontar e discutir a possibilidade de concessão liminar da homologação obrigatória, objetivando-se a celeridade

processual, praticidade na impugnação do pedido de falência, solução por meio extrajudicial e a eliminação de danos irreparáveis e de grande monta causados pela decretação da falência.

Todavia, não tratou-se, da recuperação de empresas de maneira cega, nem tampouco atribuímos, a ela, valor absoluto; pelo contrário, o estudo foi explanado tendo como alicerce alguns princípios, em especial o da preservação da empresa, da sua viabilidade e da razoabilidade.

Através do aprofundado estudo no tocante a viabilidade da empresa, verificou-se, que nem todas as empresas fazem jus à recuperação; e que caso seja mantida em funcionamento uma empresa inviável, pode sobrevir eventuais prejuízos, tanto para as demais empresas como para toda a sociedade brasileira, em razão dos custos com a recuperação.

Destarte, devemos sempre buscar a preservação da empresa, vez que ela tem grande importância social e econômica, por ser fonte de empregos, de produção, etc., todavia, não podemos ter a visão simplista de que toda empresa merece a recuperação.

Assim, o que propomos é a recuperação das empresas, sim, mas desde que essas realmente mereçam, tenham possibilidade de se reestruturar e possam retribuir, posteriormente, o sacrifício coletivo que a elas está sendo despendido. Tal retribuição à sociedade se daria por meio de empregos, produção, recolhimento dos impostos etc.

Caso a empresa não se apresente viável e capaz de se recuperar, estaríamos, apenas, adiando o inevitável, que é a quebra, concedendo, indevidamente, recuperação a uma empresa que já está condenada. Ademais, a manutenção de uma empresa sem chances de recuperação só tende a agravar ainda mais a situação, prejudicar mais pessoas e, principalmente, os credores e outros que venham a conceder crédito a tal sociedade.

Verificou-se, que em relação aos créditos do fisco, embora estejam estes impedidos de serem objeto de renegociação e de participarem do plano de recuperação da empresa, é possível que a empresa possuidora de grande passivo de natureza fiscal, verifique os tipos de parcelamento previstos em lei e que se amoldam ao seu caso, e a um destes aderir.

Ainda na seara dos créditos do fisco, adentrou-se na análise do crime de apropriação indébita, constatando a diferença de tratamento existente entre a esfera cível e a penal, vez que esta última tem sido bastante flexível em relação à primeira, vez que nesta sequer é possível parcelamento. Tentamos explicar tanto os argumentos que justificariam como os que impedem o parcelamento dessa modalidade de dívida.

Por fim, e após varias considerações, é pertinente concluirmos que a principal e grande falha do Decreto-Lei nº 7.661/45 foi impossibilitar o acordo extrajudicial, ao presumir a insolvência do devedor que convocava seus credores e lhes propunha a remissão, cessão de bens e em especial a dilação. Tal impedimento não condizia com a realidade, por isso que a nova Lei de Falências representou um grande avanço ao disciplinar a possibilidade de a empresa devedora negociar seu débito, amigavelmente, afastando a obrigatoriedade de recorrer ao Judiciário.

Desta feita, esperamos que essa liberdade que a nova Lei confere, bem como as diversas modalidades de acordos permitidos, sejam de grande valia para solucionar as dificuldades momentâneas das sociedades empresárias, sem as formalidades e exigências da recuperação judicial.

## BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Amador Paes de – **Curso de falência e recuperação de empresa**, 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo – **Crimes Federais** – 2ª ed. Porto Alegre: Editora, Livraria do Advogado, 2007.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino – **Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada** – 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

COELHO, Fabio Ulhoa – **Curso de Direito Comercial**, volume 3 – 6ª ed. revisada e atualizada de acordo com a nova lei de falências – São Paulo: Saraiva: 2006.

COELHO, Fabio Ulhoa – **Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas** - 3ª ed. São Paulo: Saraiva: 2005.

COELHO, Fabio Ulhoa – **Manual de Direito Comercial – Direito de Empresa** - 19ª ed. revista e atualizada – São Paulo: Saraiva: 2007.

CRETELLA NETO, José - **Nova lei de falência e recuperação de empresas** – Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo – **Nova lei de falência e recuperação de empresas** – São Paulo: Atlas, 2005.

GONÇALVES, Maria Gabriela Venturoti Perrota Rios – **Direito Falimentar** - São Paulo: Saraiva, 2007.

GUIMARÃES, Leonardo – **Aspectos práticos da recuperação judicial** - Belo Horizonte: Decálogo, 2006.

LOBO, Jorge – **Direito Concursal** - Rio de Janeiro: Forense, 1996.

LOBO, Jorge – **O Direito da crise Econômica da Empresa**, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, nº 109, São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MELARÉ, Márcia Regina Machado – **Comentários à nova lei de Falências e Recuperação de Empresas** – São Paulo – Editora Monitor, 2005.

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

ROQUE, Sebastião José – **Direito de Recuperação de Empresas** – São Paulo, Editora Ícone, 2005.

ROQUE, Sebastião José - **As raízes francesas da lei de recuperação de empresas. Jus Vigilantibus**, Vitória, 9 jan. 2006. Disponível em: [http://jusvi.com/doutrinas\\_e\\_pecas/ver/19679](http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/19679)

ROQUE, Sebastião José – **Lei de Recuperação de Empresas ressuscita a Concordata amigável** – Disponível em: [www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1004.rtf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1004.rtf) -

REQUIÃO, Rubens - **Curso de direito Falimentar** – 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

SANTOS, Paulo Penalva - **O novo projeto de recuperação da empresa. In Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro**, São Paulo, vol 117, 2000.

SANTOS, Paulo Penalva – **Brevíssima notícia sobre a recuperação extrajudicial** -Revista do Advogado, nº 83, set. 2005.

TELÓ, Admir Roque – **Recuperação de empresas** - revista FAEBUSINESS, n.5, abr. 2003.

TZIRULNIK, Luiz – **Direito Falimentar** – 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- VIVANTE, Cesare - **Trattato di diritto commerciale** - Itália: Giuffrè Editore, 1898.

*Revista Jurídica Cesumar - Ano I - Nº 1 – 2001 - **Preservação da empresa tutela jurídica e bem jurídico protegido** –*  
[www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewPDFInterstitial/449/223](http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewPDFInterstitial/449/223)

**Noberto Bobbio (ano, p. 26) – ver livro**