

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO – UNINOVE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

QUEREN FORMIGA SANTANA

**RECUPERAÇÃO JUDICIAL: ANÁLISE DOS ASPECTOS ESTRUTURAIS À LUZ
DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA**

SÃO PAULO

2019

QUEREN FORMIGA SANTANA

**RECUPERAÇÃO JUDICIAL: ANÁLISE DOS ASPECTOS ESTRUTURAIS À LUZ
DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA**

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado da Universidade Nove de Julho como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Manoel de Queiroz Pereira Calças.

SÃO PAULO

2019

Autor: Queren Formiga Santana

Título: Recuperação Judicial: análise dos aspectos estruturais à luz da preservação da empresa

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado da Universidade Nove de Julho como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Manoel de Queiroz Pereira Calças.

Aprovado em: _____ de _____ de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Manoel de Queiroz Pereira Calças

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Dedico este trabalho à minha família, que sempre acreditou nas minhas conquistas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Vanda e Antenor. Minha mãe sempre lutou e se dedicou aos seus filhos, meu pai (*in memoriam*) cuja lembrança da sua força e caráter me inspira e motiva.

Ainda, agradeço, imensamente, ao meu companheiro Maicon e minha amada filha Lavínia, por todo o incentivo, paciência e amor que me deram neste momento que tanto me ausentei.

E, em especial, agradeço ao Dr. Marcus Elidius Michelli de Almeida, à Professora Dra. Renata Mota Maciel Dezem, e ao meu orientador Dr. Manoel de Queiroz de Pereira Calças, que muito me ajudaram a vencer esse desafio.

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

Fabio Konder Comparato

LISTA DE SIGLAS

LREF	Lei de recuperação judicial, extrajudicial e falência
SEBRAE	Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas
STF	Superior Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

RESUMO

O trabalho busca analisar os aspectos estruturais do procedimento da recuperação judicial sob o enfoque de atingir o princípio da preservação da empresa. Primeiramente, o trabalho volta-se ao conceito de empresa e aborda a sua importância no desenvolvimento social e econômico da sociedade, gerando a necessidade da sua preservação e implicando historicamente na mudança da perspectiva do direito de insolvência. No segundo momento, o trabalho aborda o instituto da recuperação judicial, apresentando os objetivos da lei e sua estrutura, alertando sobre a necessidade de o procedimento ser eficiente para atingir as funções da recuperação judicial. Por fim, na terceira parte, apresenta as falhas do aspecto estrutural da lei que podem acarretar a impossibilidade efetiva de preservar a empresa, bem como apresenta interpretações possíveis de como aplicar a lei vigente com o objetivo de atingir a função do instituto da recuperação judicial.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Preservação da Empresa. Aspecto Estrutural. Falhas e Interpretação.

ABSTRACT

The work seeks to analyze the structural aspects of the judicial reorganization procedure under the focus of achieving the principle of preservation of the company. Firstly, the work turns to the concept of a company and addresses its importance in the social and economic development of society, generating the need for its preservation and historically implying a change in the insolvency law perspective. In the second moment, the work addresses the institute of judicial recovery presenting the objectives of the law and its structure, warning about the need for the procedure to be efficient to achieve the functions of judicial recovery. Finally, in the third part, it presents the flaws in the structural aspect of the law that may result in the effective impossibility of preserving the company, as well as possible interpretations of how to apply the current law in order to achieve the function of the judicial reorganization institute.

Keywords: Judicial Reorganization. Preserve the Company. Function. Structure. Interpretation.

SÚMARIO

	INTRODUÇÃO.....	11
1	A IMPORTÂNCIA DA EMPRESA E A SUA PRESERVAÇÃO.....	14
1.1	Conceito de empresa.....	14
1.2	A empresa e sua importância no desenvolvimento social e econômico.....	23
1.3	Princípio da preservação da empresa.....	36
1.4	Direito de insolvência no Brasil: da concordata à recuperação judicial.....	43
2	RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO MEIO DE PRESERVAR A EMPRESA: OBJETIVOS E ESTRUTURA DA LEI.....	49
2.1	Os objetivos da recuperação judicial.....	49
2.2	Aspectos da estrutura da recuperação judicial.....	57
2.3	Natureza jurídica da recuperação judicial.....	66
2.4	O papel do juiz na recuperação judicial.....	70
2.5	Da efetividade da recuperação judicial: a empresa em crise e a necessidade de um procedimento que viabilize o seu soerguimento econômico financeiro.....	78
3	ANÁLISE DOS ASPECTOS ESTRUTURAIS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	87
3.1	Falhas dos aspectos estruturais da recuperação judicial que podem inviabilizar a preservação da empresa.....	87
3.1.1	Legitimidade para requerer o pedido de recuperação judicial.....	88
3.1.2	Requisitos vinculados aos sócios e a necessidade de ser sociedade empresária e empresário para ingresso da recuperação judicial.....	91
3.1.3	Créditos não submetidos.....	93
3.1.4	Créditos Tributários.....	102
3.1.5	Financiamento da empresa em crise.....	107
3.1.6	Microempresa e empresa de pequeno porte.....	110

3.2	Possíveis interpretações sobre os aspectos estruturais da recuperação judicial que contribuem com a preservação da empresa.....	113
3.2.1	Registro da sociedade empresária e empresário.....	114
3.2.2	Créditos excluídos da recuperação judicial e sua análise restritiva.....	117
3.2.3	Bens essenciais da empresa (móveis, imóveis e dinheiro).....	121
3.2.4	Venda de ativos.....	126
	CONCLUSÃO.....	130
	REFÊRENCIAS.....	134

INTRODUÇÃO

A recuperação judicial foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 11.101/2005, inspirada no novo objetivo do direito concursal: a preservação da empresa.

Ao longo dos anos, o direito concursal deixou de ser considerado tão somente execução coletiva, para possibilitar à empresa viável superar a crise econômico-financeira em prol da sua função social, com a manutenção dos postos de trabalho, geração de tributos e riquezas.

O objetivo de criar mecanismo legal para preservar a empresa viável foi um movimento mundial, com reforma legislativa em diversos países (Estados Unidos, Alemanha, Itália, Espanha, Argentina entre outros)

No Brasil, a LREF revoga a concordata, com o intuito de disciplinar um procedimento judicial e extrajudicial para o devedor negociar com seus credores com base nos melhores meios para atingir o soerguimento da empresa.

O tema de recuperação judicial, desde a vigência da lei, é objeto de debates jurídicos por ser um procedimento específico e complexo que envolve diversos interesses.

Nos últimos anos, houve um aumento significativo de empresas buscando a recuperação judicial como alternativa para solucionar sua crise econômico-financeira, segundo os dados do Serasa Experian; no ano de 2010 foram apresentados 475 pedidos de recuperação, já no ano de 2019 os pedidos totalizaram 1.387, o que demonstra a importância e relevância do tema.

Nesse contexto, o presente trabalho tem como **objeto** apresentar um estudo sobre o aspecto estrutural da LREF no que se refere ao procedimento da recuperação judicial frente ao princípio da preservação da empresa.

O trabalho visa analisar a estrutura adotada pela LREF no sentido de como foi regulado o procedimento e os efeitos do instituto perante os envolvidos, verificando se a aplicação da norma, da forma posta, permite atingir a finalidade precípua da lei.

Assim, a **primeira parte** do trabalho aborda a importância da empresa na sociedade, apresentando os efeitos da função social no desenvolvimento econômico e social do país, trazendo a evolução do direito concursal até a mudança legislativa do direito de insolvência.

A **segunda parte** do trabalho volta-se na análise da estrutura procedimental da recuperação judicial e seus efeitos previsto na LREF, dando ênfase na importância do papel da lei para atingir a finalidade da recuperação da crise e do Poder Judiciário na aplicação e interpretação da norma.

Por fim, na **terceira parte** do trabalho são apresentados pontos da LREF que podem inviabilizar a recuperação judicial da empresa por não observar situações que são necessárias para atingir a superação da crise.

No caso, aborda-se como falha da lei os seguintes pontos: 1) legitimidade para o pedido ser exclusivo da empresa; 2) requisitos vinculados aos sócios e a necessidade de ser sociedade empresária e empresário para ingresso da recuperação judicial; 3) exclusão dos créditos com alienação fiduciária, contrato de antecipação de câmbio e arrendamento mercantil; 4) ausência de regulação do créditos tributários; 5) ausência de regulação de financiamento da empresa em crise; e 6) dificuldade do plano especial da microempresa e empresa de pequeno porte.

Ainda, considerando que deve o aplicador do direito buscar a finalidade da lei, apresenta-se algumas interpretações à luz do princípio da preservação da empresa e da segurança jurídica.

As interpretações possíveis foram elaboradas com base nos seguintes pontos: 1) considerar o tempo da atividade regular do devedor para fins de atingir o prazo de dois anos exigidos pela lei; 2) análise e aplicação restritiva da norma que

prevê a exclusão dos créditos na recuperação judicial; 3) a análise de bens essenciais da empresa; e 4) a celeridade e eficácia na venda dos ativos.

Insta salientar que não se pretende explorar todos os temas voltados às falhas e interpretação da LREF, o trabalho apenas aborda os pontos que se entende mais relevantes e prejudiciais no âmbito do procedimento da recuperação judicial, a fim de que seja possível a discussão para reforma pontual da legislação e sua aplicação voltada a permitir que a estrutura atual alcance o objetivo da lei.

O presente trabalho foi desenvolvido diante dos estudos voltados a Linha 2 – Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito, da Universidade Nove de Julho, que tem como foco a análise da atividade empresarial, sua relação com o Estado e atuação no direito.

1 A IMPORTÂNCIA DA EMPRESA E A SUA PRESERVAÇÃO

1.1 Conceito de empresa

No direito brasileiro, não há uma definição jurídica de empresa de forma positivada, o Código Civil vigente, que adotou a teoria da empresa com base no modelo do direito italiano, trouxe a definição de empresário e de sociedade, mas tais conceitos não definem a empresa em todos os seus aspectos jurídicos.

A dificuldade para aplicar uma definição jurídica à empresa existe pelo fato desta ser um fenômeno econômico poliédrico, isto é, por possuir mais de um perfil em relação aos diversos elementos que a integram (ASQUINI, 1943).

Diferente do aspecto jurídico, o conceito econômico de empresa é considerado unitário, como ensina Sylvio Marcondes (1970, p.136), a empresa é “a organização dos fatores de produção de bens ou de serviços para o mercado, coordenado pelo empresário, que lhe assume os resultados”.

Parte da doutrina¹ apresenta a definição de empresa no plano jurídico com base no aspecto econômico. Nessa linha, a clássica lição de Cesare Vivante (1931 apud LOBO, 2002) externa a empresa como um organismo econômico que possui os fatores (natureza, capital e trabalho) que permitem a obtenção e troca do produto no mercado, sob o risco do empresário.

¹ Jorge Lobo traz os seguintes doutrinadores que defendem o conceito unitário de empresa: “Debatendo-se por um conceito unitário (o econômico igual ao jurídico) põe em jogo os elementos necessários para obter um certo produto destinado à troca, com risco do empresário. O Direito Comercial toma seu este conceito econômico”; BOLAFFIO: “para o jurista tem grande importância a noção (econômica) de empresa, uma vez que ela, considerada objetivamente, é tida pelo legislador como ato essencialmente comercial, quando tenha conteúdo indicado demonstra causa nas categorias consagradas à empresa no artigo 3º; BROSET A PONT: “o conceito jurídico de empresa deve necessariamente coincidir com o conceito econômico, quer dizer, que a Economia e o Direito com o termo empresa devem referir-se ao mesmo fenômeno da realidade social... Parece, pois, lógico concluir que para o ordenamento positivo deve ser válido o conceito econômico de empresa... (o qual deve ser adotado, pois, como conceito jurídico de empresa)” dentre muitos outros. (A empresa: novo instituto jurídico, **Revista da EMERJ**, v.5, n.17, 2002, p. 97-98).

Na perspectiva econômica, o conceito de empresa tem presente na sua composição a organização de fatores de produção, destinado para uma atividade econômica e o risco do empresário frente à atividade.

Todavia, no aspecto jurídico, o conceito de empresa não é utilizado de forma unitária, a legislação utiliza o termo empresa em acepções diferentes em razão dos diversos elementos que compõe sua estrutura².

Nesse sentido, Sylvio Marcondes (1970, p. 136-137), expondo sobre o projeto do Código Civil, ressaltou a problemática do conceito econômico de empresa aplicado de forma unitária, apresentando as soluções de Alberto Asquini que dividiu a empresa em perfis:

(...) tem sido fonte de contínua discussão sobre a natureza jurídica da empresa, entre os autores que já não consideram suficiente a lição de Vivante, aliás, consagrada na doutrina brasileira, de que 'o direito faz seu aquele conceito econômico'. Entretanto, suscitada na

² Erasmo Valladão, traz diversos exemplos dos significados diferentes que a legislação utiliza no termo empresa: "Por exemplo: a lei que hoje disciplina as Juntas Comerciais, melhor dizendo, a lei que disciplina o Registro Público de Empresas Mercantis, que é a Lei nº 8.934, de 1994, no artigo 1º, diz o seguinte: "Artigo 1º. O Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, subordinado as normas gerais prescritas nesta lei, será exercido em todo o território nacional, de forma sistêmica, por órgãos federais e estaduais, com as seguintes finalidades: [— dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis, submetidos a registro na forma destalei; II — cadastrar as empresas nacionais e estrangeiras em funcionamento no País e manter atualizadas as informações pertinentes". Ora, a lei aqui está evidentemente se referindo aos empresários e às sociedades mercantis. Aqui "empresa" está sendo utilizada pela Lei de Registro de Empresas Mercantis como sinônimo de empresário ou de sociedade empresária. Cadastrar as empresas nacionais e estrangeiras, ou seja, as sociedades nacionais e estrangeiras, ou mesmo as firmas individuais. Aqui, portanto, um exemplo de que a lei utiliza "empresa" no seu perfil subjetivo. Se os senhores forem ao artigo 2º da Lei das Sociedades Anônimas, vão verificar que ele diz o seguinte Artigo 2º. Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, a ordem pública e aos bons costumes". Aqui, a lei está utilizando a palavra "empresa" no seu sentido técnico, no seu perfil funcional de atividade, ou seja, pode ser objeto da companhia qualquer atividade de fim lucrativo. Atividade empresarial. Mas não param aí as ambiguidades das leis brasileiras, que retratam justamente esse fenômeno que foi observado pelo Professor Alberto Asquini. Se os senhores examinarem os artigos 678 e 716 do Código de Processo Civil, os senhores vão verificar que o artigo 678 fala de penhora de empresa e o 716 fala de usufruto de empresa: "Artigo 678. A penhora de empresa, que funcione mediante concessão ou autorização, far-se-á, conforme o valor do crédito, sobre a renda, sobre determinados bens, ou sobre todo o patrimônio, nomeando o juiz como depositário, de preferência, um dos seus diretores". "Artigo 716. O juiz da execução pode conceder ao credor o usufruto de imóvel ou de empresa, quando o reputar menos gravoso ao devedor e eficiente para o recebimento da dívida". Evidentemente que o Código de Processo Civil está utilizando a palavra "empresa" aqui, no seu perfil objetivo ou patrimonial, como sinônimo de estabelecimento, porque o que se tem lá são bens. É o estabelecimento que é objeto de penhora. O que pode ser objeto de usufruto judicial e o estabelecimento, e não a empresa como uma atividade." (**Empresa, empresário e estabelecimento.** A nova disciplina das sociedades. Publicação da Associação dos Advogados de São Paulo, Ano XXIII, n. 71, ago. 2003).

hermenêutica dos códigos comerciais do tipo francês, e acirrada pela exegese no novo Código Civil italiano, a disputa encontrou afinal seu remanso. Segundo esclareceu Asquini — apresentando o fenômeno de empresa, perante o direito, aspectos diversos, não deve o intérprete operar com o preconceito de que ele caiba, forçosamente, num esquema jurídico unitário, de vez que empresa é conceito de um fenômeno econômico poliédrico, que assume, sob o aspecto jurídico, em relação aos diferentes elementos nele concorrentes (...).

Alberto Asquini (1943) dividiu a empresa em quatro perfis, os quais estão voltados à empresa como empresário (perfil subjetivo), à empresa como atividade (perfil funcional), à empresa como patrimônio (perfil objetivo) e à empresa como instituição (perfil corporativo).

O perfil subjetivo da empresa está relacionado ao empresário, ou seja, aquele que exerce a atividade econômica, de forma organizada, profissional e habitual. Tal conceito serve para definir quem será considerado empresário, isto é, o sujeito que exerce a atividade empresária.

A doutrina³ afirma que o Código Civil vigente não tratou de conceituar a empresa, mas sim a figura do empresário como titular da empresa, conceituando o perfil subjetivo no seu art. 966, o qual dispõe que “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

No Código Civil vigente, é possível extrair os elementos para identificação do empresário, quais sejam: 1) aquele que pratica o exercício de uma atividade; 2) atividade que tenha natureza econômica; 3) atividade organizada; 4) exerce de forma profissional a atividade; e 5) a atividade tem como finalidade a produção e troca de bens ou serviços (VERÇOSA, 2009).

³ Nessa linha, Arnaldo Wald: “O novo Código Civil trata da figura do empresário como titular da empresa, conceituando seu perfil subjetivo no art. 966” (**Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro, Forense, 2005, vol. XIV, p. 38); Fábio Ulhoa Coelho: “Empresário é definido na lei como profissional exercente de ‘atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços (CC/2002, art. 966, p.14). **Manual de Direito Comercial**. 17. ed. São Paulo, Saraiva. 2016; Newton de Lucca: Se é certo que o nosso Código Civil de 2002, em vigor desde 11 de janeiro de 2003, não conceituou empresa, fazendo-se apenas com relação ao empresário, no art. 966” (**Dá ética em geral à ética empresarial**. São Paulo; Quartier Latin, 2009, p. 316).

Com base no nosso ordenamento, o empresário pode exercer a atividade econômica como empresário individual; titular da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI); e por meio de sociedade empresária adotando o tipo societário da sociedade limitada (podendo ser sociedade unipessoal limitada), sociedade anônima, comandita por ações ou comandita simples.

Os profissionais que exercem atividade intelectual de natureza científica, literária ou artística, ainda que presentes auxiliares ou colaboradores, não são considerados empresários, exceto se existir elemento de empresa.

Elemento de empresa, segundo Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa (2009), ocorre quando a atividade intelectual estiver integrada em um objeto complexo, próprio da atividade empresarial, ou seja, quando o profissional não só exercer atividade de natureza científica, literária ou artística, mas também exerce uma atividade empresarial.

Assim, será considerada natureza empresária a atividade organizada ainda que parte dela seja de natureza intelectual, se esta consistir em parte o objeto da empresa.

Sylvio Marcondes (1977, p. 11) apresenta clássico exemplo de elemento de empresa:

Parece um exemplo bem claro a posição do médico, o qual, quando opera, ou faz diagnóstico, ou dá a terapêutica, está prestando serviço resultante de sua atividade intelectual, e por isso não é empresário. Entretanto, se ele organiza fatores de produção, isto é, une capital, trabalho de outros médicos, enfermeiros, ajudantes etc., e se utiliza de imóvel e equipamentos para a instalação de um hospital, então o hospital é empresa e o dono ou titular desse hospital, seja pessoa física, seja pessoa jurídica, será considerado empresário, porque está, realmente, organizando os fatores de produção, para produzir serviços.

O segundo perfil, ensinado por Alberto Asquini (1943), é no sentido da empresa como atividade, isto é, a forma funcional ou dinâmica da empresa, que é o movimento da atividade empresarial dirigida para um determinado escopo produtivo.

Tulio Ascarelli (1962, p. 183) definiu a atividade como “uma série de atos coordenáveis entre si, em função de um a finalidade comum”, dirigida ao mercado para a satisfação de terceiro, cuja atividade deve ser econômica, isto é, criadora de riquezas na troca e produção de bens e serviços.

Em outras palavras, a atividade empresarial consiste na produção ou na circulação de bens ou de serviços, exercidas pela gerência do empresário, voltada a criar ou transformar bens e serviços para atender a necessidade do mercado, com objetivo de obtenção de lucro.

Para caracterizar atividade empresarial devem estar presentes os seguintes aspectos: a) habitualidade, ou seja, não podendo se tratar de uma mera realização de negócio ocasional; b) criadora de riqueza, ou seja, de bens e serviço; c) atividade com fins lucrativos, excluindo a produção para uso próprio; d) lícita; e) gerida pelo empresário em seu próprio nome, risco e proveito (VERÇOSA, 2009).

O terceiro perfil da empresa, nas lições de Alberto Asquini, é o patrimonial vinculado à azienda e ao estabelecimento.

A empresa não se confunde com o empresário, portanto, possui autonomia patrimonial, isto é, patrimônio especial, separado do sócio, independentemente do tipo societário adotado.

O patrimônio especial da empresa está relacionado aos bens materiais (móveis, imóveis) e imateriais (direitos, marcas, patentes, ponto comercial etc.) vinculados para exploração da atividade empresarial, conforme conceito clássico de estabelecimento de Oscar Barreto Filho (1969).

Para Oscar Barreto Filho (1969), o estabelecimento é um organismo econômico complexo e unitário de bens corpóreos e incorpóreos, considerado uma universalidade de fato.

O estabelecimento é considerado universalidade de fato, como ensina Cesare Vivante (1928), visto que os bens foram ligados num único organismo econômico pela vontade do empresário, isto é, os bens são integrados de modo que possibilitam a exploração da atividade da empresa.

O patrimônio da empresa deve ser considerado pela forma como estão ordenados, vez que a organização é que possibilita a empresa exercer a sua atividade, os bens assim organizados são conhecidos como fundo de comércio, inclusive a composição dos bens acarreta uma valorização de preço, comparado ao bem avaliado de forma individual.

O Código Civil vigente adota o conceito da doutrina e define estabelecimento no seu artigo 1.142 como “todo complexo de bens organizados, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

Importante destacar que pode existir empresa que são constituídas com a finalidade de explorar apenas o ambiente da internet, sendo o site a sua principal fonte de atividade, possuindo como ativo principal a propriedade intelectual ou imaterial (ALMEIDA, 2005). Nesse ponto, é perfeitamente cabível no direito contemporâneo o reconhecimento do estabelecimento virtual, que possuía idêntica natureza que o físico (COELHO, 2016), ou seja, é considerado um complexo de bens organizados integrante da empresa.

O quarto e último perfil da empresa, trazido por Alberto Asquini, é a empresa como instituição; nesse viés é considerado a existência da organização de pessoas que é formada pelo empresário, empregados e colaboradores que criam um núcleo social, que ultrapassa os fins individuais, para atingir um fim coletivo para obter o melhor resultado econômico.

A instituição é definida como organização de pessoas, de forma voluntária ou compulsória, embasada em relações de hierarquia e cooperação entre os seus membros, em função de um escopo comum (ASQUINI, 1943), o que é evidenciado na empresa, pois, todos os envolvidos possuem interesse comum de sucesso no

negócio sob o aspecto social e econômico, além do interesse individual (lucro para o empresário e salário para os colaboradores).

Nas palavras de Alberto Asquini (1943, p. 124), os aspectos que fazem a empresa ser considerada uma instituição são:

Na empresa como organização de pessoas, compreendendo o empresário e os seus colaboradores, concentram-se todos os elementos característicos da instituição; o fim comum, isto é, a conquista de um resultado produtivo, socialmente útil, que supera os fins individuais do empresário (intermediação, lucro) e dos empregados (salário); o poder ordenatório do empresário em relação aos trabalhadores subordinados; a relação de cooperação entre esses; a conseqüente formação de um ordenamento interno da empresa, que confere às relações de trabalho, além do aspecto contratual e patrimonial, um particular aspecto institucional.

Em sentido diverso, Fábio Ulhoa Coelho (2016) afirma que a empresa não possui o perfil institucional, por entender incompatível a identidade de propósito dos empregados e empresários, como expressa: do proletariado e capitalistas, cuja concepção do perfil corporativo é apenas ideológica.

Para o autor, a empresa, dentro do perfil de Asquini (1943), é apenas atividade de produção ou circulação de bens ou serviço de forma organizada, sendo que o estabelecimento (coisa) e empresário (sujeito de direito) não se enquadram no conceito de empresa que é essencialmente a atividade econômica.

Nessa visão doutrinária, embora o estabelecimento e empresário estejam ligados à empresa, o conceito de empresa não se confunde com suas partes integrantes, o estabelecimento é o patrimônio da empresa e o empresário é o sujeito que exerce a atividade, porém, a empresa – a qual se pretende preservar – é a atividade empresarial organizada.

Para Romano Cristiano (1995, p. 157), a empresa pode ser definida diante da sua organização que gera a atividade, de tal modo que conceitua a empresa como:

Organização atual ou potencial de trabalho, que resulta da união /direta ou indireta de elementos humanos, os quais agindo como determinado escopo, observando determinado conjunto de normas e utilizado capital relevante realizaram intermediações habituais e lucrativas na relação de troca.

Nesse conceito, entende-se que o conceito de empresa deve ser analisado sob o enfoque da organização, pois sem todos os elementos (pessoas, bens, objetivo, habitualidade) não será considerado empresa.

Porém, como observa Newton de Lucca (2009), o conceito de empresa ligado à organização empresarial, como um fator essencial, pode ser um entrave nas aplicações de determinadas normas especiais (no caso do direito falimentar), vez que há situações que existe a atividade empresarial, mas não existe necessariamente uma organização empresarial à disposição, por exemplo, pode existir empresa sem empregados.

Em uma visão fora do Direito Comercial, Evaristo de Moraes Filho (1960, p. 31), conceitua empresa sob o ângulo do direito do trabalho, como “organização do trabalho alheio, sob o regime de subordinação hierárquica, tendo em vista a produção de determinado bem econômico”, com espírito de lucro e menção de risco ao empresário.

Nessa perspectiva, a empresa foi conceituada com ênfase na relação dos elementos humanos, pois o trabalhador faz parte da organização da empresa, quando existente, independentemente da sua complexidade.

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa (2008) entende que as lições de Evaristo de Moraes Filho abordaram um quinto perfil da empresa, não explorado por Asquini, no sentido da empresa como um grupo social organizado para fins do Direito, porquanto analisa o conceito de empresa sob os ângulos fora do direito comercial para fins de aplicação em outros ordenamentos jurídicos.

Nesse cenário, verifica-se que para determinado ramo do direito o conceito de empresa pode ter aspectos mais estreitos ou mais amplos, como por exemplo, no direito de falência. Como ressalta Adriana Valéria Pugliesi Gardino (2012), a

empresa na falência deve ser dissociada completamente do empresário, já que este é afastado da atividade empresarial, portanto, tal elemento não integra o conceito de empresa neste instituto.

Para a autora, o conceito de empresa na falência, deve ser afastado dos perfis de Asquini e analisado com base no conceito unitário econômico da empresa, com foco na possibilidade da organização (ou parte dela) ser mantida no mercado por meio de alienação na falência.

No contexto geral, Waldirio Bulgarelli (1985), em suas lições, retrata a utilização do termo empresa como abuso de linguagem no âmbito jurídico, concluindo que ora é utilizado de forma geral, o qual possui uma ideia de organização produtiva, ora, de forma específica como atividade econômica organizada exercida profissionalmente, denominada empresa em *stricto sensu*.

Essa situação ocorre porque o conceito de empresa, empresário e estabelecimento, embora sejam autônomos, são entrelaçados em razão da essência da empresarialidade que concerne os perfis da empresa. A empresarialidade é a unidade global do fenômeno econômico que traduz o conceito pleno de empresa, apresentada de forma descritiva e analítica como “atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado exercido pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens” (BULGARELLI, 1985, p. 154).

Em que pese o termo empresa seja utilizado como emprego uniforme para diversos significados (ora como organização, ora como estabelecimento, ora como empresário), a relevância do conceito de empresa é a sua atividade, dado que só há empresário ou estabelecimento quando está perante à atividade econômica organizada e exercida profissionalmente (BULGARELLI, 1985).

Sob o ponto de vista de Rachel Sztajn (2004, p. 172), a empresa deve ser analisada com base nas suas relações jurídicas, ora denominadas como “feixe de contratos” voltados a sua organização e cooperação.

Nesse aspecto, a visão da organização empresarial deve ter analisada com base na interação externa da empresa com o mercado, já que para exercer sua atividade é necessário realizar diversas relações jurídicas, por exemplo, adquirir insumos (contrato entre empresas), distribuir bens e serviços (contrato entre empresa e consumidor), realizar parcerias (contrato entre empresas), obter investimentos (contrato empresas e agentes financeiros), contratar mão de obra (contrato empresa e colaboradores), entre outras.

A despeito da evolução do direito comercial, como ensina Paula A. Forgini (2012), a empresa é um agente econômico, possuindo o perfil contratual, de modo que somente existe por estar inserida no mercado, realizando transações com outros agentes econômicos.

A imputação da atividade da empresa gera direitos, deveres e obrigações, cujos efeitos no mercado proporcionam a produção e circulação de bens e produtos, geração de empregos e tributos, assim, entende-se que a atividade empresarial e os bens necessários para sua consecução merecem a proteção do Estado.

Fábio Konder Comparato (1970) assevera que, ao passar dos séculos, houve a dissociação jurídica entre a empresa e o empresário e o desaparecimento da hegemonia jurídica sobre o patrimônio da empresa. A existência da atividade não mais se subordina ao interesse do empresário e a noção de propriedade só se conserva com efetiva exploração da atividade.

Nesse passo, a empresa, ao longo dos anos, passou a ser protegida pela legislação, doutrina e jurisprudência em diversos cenários (falimentar, societário, concorrencial etc.), com a finalidade de continuidade da atividade empresarial e a geração dos seus efeitos.

1.2 A empresa e sua importância no desenvolvimento social e econômico

A empresa, ao longo dos anos, passou a ter um papel essencial para sociedade, conforme aduz Fábio Konder Comparato (1970, p. 3), a empresa é o “elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea”.

Sabe-se que atualmente maior parte da renda nacional advém das empresas, bem como a geração de emprego. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no Brasil temos mais de 3 milhões de empresas (setores da indústria, comércio e serviço), com mais 30 milhões de postos de trabalhos⁴.

Além desses aspectos, é a empresa que oferece serviços e produtos à sociedade, primando pela eficiência e avanço tecnológico, na produção de bens e serviços essenciais, como para consumo em geral, afastando a responsabilidade direta do Estado em oferecer serviços e produtos para o bem-estar da sociedade, o qual passa apenas ser o regulador para buscar o equilíbrio do mercado.

Os efeitos do fenômeno da atividade empresarial no mercado implicam no incentivo de investimentos para obtenção de novos produtos e serviços para exploração no mercado e concorrência dos existentes, o que possibilita o oferecimento de melhores serviços e produtos à sociedade.

Nas lições de Vivante (1958), o comércio possui função social em razão da sua importância na sociedade por acarretar a estabilização dos preços, criação de novas tecnologias e melhoria da vida humana, frente à eficiência de reunir provisões referentes do mercado, ou seja, entender a necessidade de serviços e produtos dos lugares, quantidade, qualidade e momento oportuno.

Isto porque, no mercado se faz presente os valores típicos do mundo empresarial, quais sejam, utilitarismo, eficácia técnica, inovação permanente e economicidade de meios (COMPARATO, 1990), que permitem a empresa prestar serviço e circular bens e produtos ao ponto que sua função também se torne social, ultrapassando o interesse individual do empresário na geração de lucro (mas jamais o excluir), tornando-se importante à sociedade para fins de seu desenvolvimento.

⁴ Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/industria/9042-pesquisa-industrial-anual.html?=&t=destaques>. Acesso em: 16 jun. 2019.

⁴ Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/comercio/9075-pesquisa-anual-de-comercio.html?=&t=destaques>. Acesso em: 16 jun. 2019.

⁴ Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/servicos/9028-pesquisa-anual-de-servicos.html?=&t=destaques>. Acesso em: 16 jun. 2019.

Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pereira (2017) asseveram que a empresa é a célula de base da economia, sendo ela a origem da criação da riqueza nacional, da inovação e da renovação.

Na mesma linha, Arnaldo Wald (1995, p. 44) aponta a importância da empresa na nossa sociedade atual:

Do mesmo modo que, no passado tivemos a família patriarcal, a paróquia, o município, as corporações profissionais, que caracterizaram um determinado tipo de sociedade, a empresa representa, hoje, a cédula fundamental da economia de mercado. Já se disse, aliás, que a criação da empresa moderna representa, na história da humanidade, uma mudança de civilização tão importante quanto o fim do estado político, ou seja, o momento em que o homem deixou de viver exclusivamente da caça para se dedicar à agricultura, abandonando o nomadismo para fixar a terra.

Grosso modo, a empresa não só gera valores e empregos, mas é o elemento essencial para o desenvolvimento econômico e social da sociedade.

Desenvolvimento, como explica Fábio Nusdeo (2002), é alteração profunda das estruturas do país, trazendo consequências de ordem econômica, cultural, psicológica e social, sendo este “autossustentável” porquanto as modificações de um país que respondem pela sustentabilidade das fases do processo criando condições para novos desenvolvimentos.

No Brasil, a ordem econômica é o pilar para o desenvolvimento econômico e social do país. A Constituição Federal, no seu art. 170, dispõe que essa é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, assegurando a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Eros Grau (2004, p. 70) ensina que ordem econômica não é só os conjuntos dos princípios constitucionais, descreve que “é o conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica”. Alerta que não é mero capricho do legislador, mas é uma definição ideológica que deve ser observada para atingir a finalidade do desenvolvimento econômico e social.

Os princípios da ordem econômica que orientam a atuação do Estado e dos particulares nos processos de produção, circulação, distribuição e consumo das riquezas do País (BAROSSO, 2001), traduzem-se na soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte; tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Luís Roberto Barroso (2001, p. 189) afirma que entre os princípios previstos, a livre iniciativa e o valor do trabalho humano são os princípios fundamentais do Estado brasileiro e dos fundamentos da ordem econômica:

Tais princípios correspondem a decisões políticas fundamentais do constituinte originário e, por essa razão, subordinam toda a ação no âmbito do Estado, bem como a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais. A ordem econômica, em particular, e cada um de seus agentes - os da iniciativa privada e o próprio Estado - estão vinculados a esses dois bens: a valorização do trabalho (e, a fortiori, de quem trabalha), e a livre iniciativa de todos - que, afinal, também abriga a ideia de trabalho -, espécie do gênero liberdade humana.

Nesse passo, para que tais princípios possam ser concretizados, sem dúvida, é necessário que o país tenha uma atividade econômica desenvolvida, visto que decorre dela a geração de empregos e a criação de novos investimentos.

Como assevera José da Silva Pacheco (1977), a atividade econômica no Brasil é compartilhada pelo Estado e pelas empresas, que sustentam o tripé do desenvolvimento econômico: empresa privada, empresa pública e de economia mista.

O Estado, conforme o art. 173 da Constituição Federal⁵, assegura a preferência da exploração direta da atividade econômica às empresas, cabendo ao Estado apenas a exploração em casos específicos em lei.

Nesse aspecto, compete ao Estado o estímulo, apoio e regulação da atividade econômica, principalmente criando condições para a livre iniciativa que é um dos pilares que sustentam a ordem econômica. Recentemente, foi promulgada a Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), que tem com propósito garantir livre iniciativa e o livre exercício de atividade econômica, criando normas de caráter geral para incentivar o desenvolvimento econômico do país, constituindo como princípios a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; a boa-fé do particular perante o poder público; a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

A livre iniciativa é entendida como a liberdade de criação empresarial ou de livre acesso ao mercado, considerada uma liberdade condicional, pois somente deve ser protegida enquanto favorece o desenvolvimento nacional e a justiça social (COMPARATO, 1970).

O Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados, asseverou que a livre iniciativa deve ser exercida em conformidade com todos os demais princípios enumerados na Constituição Federal⁶, não apenas visando o lucro do empresário, mas propiciando a justiça social e o desenvolvimento social⁷.

⁵ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

⁶ “Legitimidade constitucional da tolerância ao uso do amianto crisotila, como estampada no preceito impugnado, equacionada à luz da livre iniciativa, da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, do direito à saúde e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desenvolvimento econômico, progresso social e bem-estar coletivo. A Constituição autoriza a imposição de limites aos direitos fundamentais quando necessários à conformação com outros direitos fundamentais igualmente protegidos. O direito fundamental à liberdade de iniciativa (arts. 1º, IV, e 170, caput, da CF) há de ser compatibilizado com a proteção da saúde e a preservação do meio ambiente.” ADI 4066, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 24/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018

⁷“(…) Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que e o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos

A integração dos princípios da ordem econômica é defendida por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1989, apud BARROSO, p. 192), nas seguintes palavras:

O princípio da liberdade de iniciativa tempera-se pelo da iniciativa suplementar do Estado; o princípio da liberdade de empresa corrige-se com o da definição da função social da empresa; o princípio da liberdade de lucro, bem como o da liberdade de competição, moderam-se com o da repressão do abuso de poder econômico; o princípio da liberdade de contratação limita-se pela aplicação dos princípios de valorização do trabalho e da harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção; e, finalmente, o princípio da propriedade privada restringe-se com o princípio da função social da propriedade.

Nesse viés, a empresa não se limita apenas à área privada, compete ao Estado preservar os princípios esculpidos na Constituição Federal para permitir que o mercado seja livre para exploração da atividade econômica organizada, desde que atenta a sua função social.

Nessa linha, Manoel de Queiroz Pereira Calças e Renata Mota Dezem (2018, p.333), afirmam que atividade empresarial deve ser vista sob o aspecto do interesse da coletividade:

Não há espaço para imaginar que a atividade empresarial constitua matéria de exclusiva atenção do direito privado, certo de que a ordem econômica estabelecida no artigo 170 da Constituição Federal é clara ao dispor sobre fins e princípios que não podem ser enformados tão somente por interesses individuais.

A empresa passou a ser regulada pelo Estado não apenas para atender o interesse privado, mas para abordar todas as multidisciplinares da empresa que transcendem o clássico direito privado, na visão de contrato plurilateral com objetivo de exercer atividade em busca de lucro.

Aqui, importante abrir um parêntese sobre as teses contratuais e institucionais da empresa, embora não seja objeto do presente trabalho, entende-se que a empresa não pode ser analisada apenas sob a visão contratualista, pois possui um

papel importante na sociedade, e deve ser regulada pelo Estado para que possa exercer a sua função social, com bem assevera Comparato (1970) não se pode imaginar que a empresa sacrificará parte do seu lucro para desenvolvimento regional e nacional de onde está situada.

Por outro lado, também não se deve transferir toda a responsabilidade do desenvolvimento do país à empresa, o real objetivo perseguido pelo empresário é o lucro, diante do risco da atividade exercida, se faz necessário lhe dar incentivos para tanto.

Calixto Salomão (2018) defende a ideia de organização da sociedade, por meio de regulação da empresa pelo Estado, fato que permite solucionar os conflitos de interesses, o que, se concretizado, certamente a empresa teria mais eficiência, no sentido distributivo, nas suas relações com a sociedade.

As multidisciplinares que justificam o interesse da coletividade na empresa refletem, conforme ensina Ana Frazão (2011), nos seguintes principais pontos: a) associação entre o capital e trabalho; b) instituição social definidora da civilização contemporânea; c) centro do poder, em todos os seus desdobramentos, especialmente o poder econômico e o poder político que lhe é correspondente; d) núcleo social que, mais do que atender às necessidades básicas do homem, tem importante papel como formador de opiniões, definindo preferência e estilos de vida; e) organização criadora de empregos, bem-estar dos trabalhadores e consumidores, riquezas e recursos para tributação; f) forma de organização do risco empresarial e da atividade econômica para mercados; organização que se apresenta como alternativa às negociações de mercado na medida em que se mostra mais idônea para reduzir os custos de transação.

À vista do exposto, a empresa passa ser de interesse do Estado, inclusive, para fins de proteção frente à sua importância para a sociedade.

A Constituição Federal também apresenta, como princípio da ordem econômica, a função social da propriedade. Nesse ponto, enquadra-se a importância dos bens de produção da empresa, ou seja, todos aqueles que fazem parte

integrante do fundo de comércio da empresa, isto é, os integrantes da cadeia de produção para permitir a exploração da atividade da empresa, por exemplo, mercadorias e créditos.⁸

Fábio Konder Comparato (1986, p. 75) define a função social da propriedade sob o aspecto de bem de produção:

Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são limites negativos aos direitos do proprietário. Mas a noção de função', no sentido em que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do dominus; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica.

Ainda, o autor aclara a inexistência de confusão da propriedade dos bens de produção, os bens da empresa são separados e autônomos do empresário, aquele que gerencia a empresa deve utilizá-los para melhor destinação, ou seja, exploração da atividade econômica, com vistas não só para os interesses individuais, mas para a coletividade.

Aqui importante fazer um adendo, o entendimento da função social não conflita com a busca do lucro, é claro que o empresário deve buscar o lucro, fato este que separa a empresa de outras pessoas jurídicas que não possuem fins lucrativos (associação, fundação).

⁸ Fábio Konder Comparato diferencia bens de produção e bem de consumo da seguinte forma: “Os bens de produção são móveis ou imóveis, indiferentemente. Não somente a terra, mas também o dinheiro, sob a forma de moeda ou de crédito, podem ser empregados como capital produtivo. De igual modo os bens destinados ao mercado, isto é, as mercadorias, pois a atividade produtiva é reconhecida, na análise econômica, não pela criação de coisas materiais, mas pela criação de valor. Mas as mercadorias somente se consideram bens de produção enquanto englobadas na universalidade do fundo de comércio; uma vez destacadas dele, ao final do ciclo distributivo, ou elas se incorporam a uma atividade industrial, tornando-se insumos de produção, ou passam à categoria de bens de consumo. Nesse último conceito incluem-se tanto os bens cuja utilidade é obtida pela sua concomitante extinção, quanto aqueles que se destinam ao uso, sem destruição necessária.”

Paula A. Forgini (2012, p. 179) esclarece que o lucro é o incentivo do empresário e é a motivação para sua eficiência:

(...) a empresa, o ente que gera riqueza no sistema capitalista, pertence ao empresário, que lícitamente apropria-se dos resultados do empreendimento. Essa atribuição dos resultados, explica a doutrina econômica, funciona como incentivo para a maior eficiência da atividade, revertendo a favor de todo o sistema, i.e., do fluxo de relações econômicas.

Segundo Eloy Lemos Junior (2008), o lucro tem papel importante na função social da empresa, permitindo o reinvestimento que impulsiona o ciclo econômico, ou seja, a criação de novos empregos, novos investimentos, desenvolvimento econômico, geração de riqueza, pagamento de imposto, movimentação do mercado, etc.

Não obstante, Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão (2017, p. 317) alertam que o direito do lucro ou a expansão da empresa não é garantido contra os interesses da comunidade local, regional e nacional, tais interesses são “não só de ordem econômica (independência tecnológica ou economia cambial, por exemplo), como também de ordem social em sentido amplo (proteção do meio ambiente, dos interesses dos consumidores, ou do patrimônio cultural)”.

Desta forma, considerando que a atividade empresarial não é só importante para o empresário, mas para a sociedade como um todo, a função social da propriedade limita o direito do empresário, no caso deste se desviar da finalidade da empresa.

Ana Frazão (2006, p. 281) faz uma ressalva importante sobre o objetivo da função social da empresa:

A função social não tem, portanto, a finalidade de aniquilar as liberdades e os direitos dos empresários nem de tornar a empresa um simples meio para os fins da sociedade, até porque isto implicaria na violação da dignidade do empresário. O objetivo da função social é de mostrar o compromisso e as responsabilidades sociais da empresa, reinserindo a solidariedade social na atividade econômica.

Sobre o tema, Alfredo Lamy (1992, p. 59) esclarece que a função social traduz na ética empresarial voltada à conciliação do interesse público com o interesse empresarial, concluindo que a busca atenta e permanente de observar os interesses envolvidos “é o que distingue o aventureiro do empresário”.

A função social da empresa não está expressamente positivada na Constituição Federal, mas é considerado um desdobramento da função social da propriedade (CALÇAS, 2015), superando os interesses individuais para proteger os interesses coletivos.

Nesse contexto, a função social da empresa encontra-se expressamente prevista na Lei de Sociedade Anônima⁹ e na Lei de Falência e Recuperação Judicial, como veremos nos próximos tópicos, que tem como objetivo assegurar que a atividade da empresa seja protegida em prol aos interesses que rodeiam a função social, seja para fins de evitar abusos na sua direção ou para preservar a sua atividade.

Diante da importância de se observar a função social da empresa, Newton de Lucca foi relator do enunciado 53, da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal: “Deve ser levado em consideração o princípio da função social na interpretação da norma relativa à empresa, a despeito da falta de referência expressa”.

Portanto, a empresa que atende sua função social deve ser protegida, ou seja, quando a empresa é capaz de promover os objetivos da ordem econômica cabe ao Estado criar mecanismo que permitam sua manutenção no mercado.

A função social da empresa pode ser vista sob vários aspectos: econômico, ambiental, cultural e social.

⁹ A função social foi positivada no art. 154 da Lei de S/A, dispõe que: “Art. 154 - O administrador deve exercer as atribuições que a lei o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa” e o art. 116, parágrafo único, ao disciplinar a figura do acionista controlador, dispôs: “O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objetivo a cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”.

Extrai-se das lições de Fábio Ulhoa Coelho (2016, p. 75) que a empresa cumpre sua função social quando:

A empresa cumpre a sua função social ao gerar empregos, tributos, e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, ao adotar práticas empresariais sustentáveis visando a proteção do meio ambiente e ao respeitar os direitos dos consumidores, desde que com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita.

Merece destaque que a empresa não é só importante para atividade econômica, mas, como Ana Frazão (2011) ensina, também tem papel crucial na justiça social, permite a distribuição de riquezas advindas da atividade empresarial para fins de benefícios sociais, principalmente no Brasil que há grandes desigualdades entre os seus cidadãos. Embora, neste ponto, é crucial o alerta de Fábio Konder Comparato (1996, p. 46):

(...) a tese da função social das empresas apresenta hoje sério risco de servir como mero disfarce teórico do abandono, pelo Estado, de toda a política social, em homenagem à estabilidade monetária e ao equilíbrio das finanças públicas.

De acordo com Arnoldo Wald (1995, p. 31), diante da visão da empresa no mundo contemporâneo, não há mais espaço para distinguir o econômico do social, pois “ambos os interesses se encontram e se compatibilizam na empresa”.

Nas palavras de Eros Grau (2004, p. 224), a justiça social é uma exigência na política econômica atual:

Justiça social, inicialmente, quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razão micro, porém, macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista.

Diante do exposto, a importância da empresa passa a ser vista sob aspecto geral, isto é, de forma macroeconômica, diante da importância da empresa no desenvolvimento econômico e social do país.

Por outro lado, Fábio Konder Comparato (1904, p. 11), numa visão microeconômica (considerando a empresa como unidade isolada), entende que a importância da empresa deve ser analisada caso a caso, sob a análise da sua importância no mercado e no setor econômico. Nesse sentido, afirma o autor que:

(...) é logicamente insustentável ter como iguais perante a lei a sociedade multinacional e a quitanda da esquina; a empresa energética e a fábrica de doces; o conglomerado financeiro e o conjunto de diversões circenses.

Nesse ponto, convém suscitar a importância da macroempresa no mercado¹⁰, estas possuem a capacidade de investimento, permitindo a inovação tecnológica no mercado (visto a sua possibilidade de acesso de informações) e a real concorrência desses produtos. Uma única operação de investimento pode gerar efeitos para todo o mercado, com geração de riquezas, empregos diretos e indiretos, impacto na econômica local e nacional, etc.

Em razão da sua importância, Fábio Konder Comparato (1970) afirma que as macroempresas são dirigidas pelos seus diretores, sem levar em consideração os interesses dos acionistas, dando lugar aos interesses da própria companhia, fazendo a reflexão que as empresas de grande escala, por terem na sua atividade poderes e responsabilidades de direito público, poderiam em seus litígios utilizarem como remédios judiciais a mesma defesa das pessoas jurídicas de direito público.

Arnoldo Wald (1995) também faz considerações sobre a importância da grande empresa contemporânea, entende que tais empresas em razão do seu tamanho, faturamento e diversificação de suas atividades criam uma nova unidade no sistema político, econômico e social, em alguns casos, ultrapassando a importância do próprio Estado.

¹⁰ Macroempresa é utilizada, na concepção de Fábio Konder Comparato, como empresas de grande escala.

Dessa maneira, as macroempresas devem ser reguladas pelo Estado em diversos aspectos na busca de conciliar os interesses do empresário, empregador, investidores e consumidores.

Essa visão é defendida diante da importância desse tipo de empresa no mercado, porquanto essa acaba exercendo muitas vezes o papel do Estado, com geração de riquezas, engendrando inúmeros efeitos diretos (empregos, arrecadação de tributos) e indiretos (valores aos cofres públicos são destinados as políticas públicas, investimentos na região, abertura de empregos indiretos, concorrência, etc.)

Desse modo, certamente a macroempresa tem sua função social em razão do seu impacto na sociedade, e quando da sua crise, cabe ao Estado, frente ao interesse coletivo, criar mecanismos eficazes para possibilitar a manutenção da sua atividade.

Por sua vez, embora a importância da macroempresa seja de fácil verificação diante do impacto e desdobramento dos seus efeitos em escala, não se deve deixar de apontar a relevância da empresa de médio e pequeno porte, pois seu conjunto corresponde à maior parcela da sociedade em números de empresas, empregos e geração de riqueza.

Segundo o SEBRAE, no Brasil existem 6,4 milhões de estabelecimentos. Desse total, 99% são micro e pequenas empresas (MPE). As MPEs respondem por 52% dos empregos com carteira assinada no setor privado (16,1 milhões)¹¹.

A empresa de médio e pequeno porte em que pese não gerarem individualmente grandes efeitos de escala como a macroempresa, este tipo de empresa deve ter sua análise individual vista com a observação da sua relevância em conjunto, isso quer dizer, que tais empresas também têm função social, ao ponto que sua crise também deve ser de interesse do Estado, que deve permitir a manutenção da sua atividade se esta for economicamente viável.

¹¹ Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/sp/sebraeaz/pequenos-negocios-em-numeros,12e8794363447510VgnVCM1000004c00210aRCRD>. Acesso em: 16 jun. 2019.

Nesse sentido, no direito de insolvência, a análise dos princípios constitucionais do desenvolvimento nacional e justiça social devem distinguir as empresas como base no interesse social e no interesse particular.

Jose Pacheco (1998) afirma que se devem medir as consequências do plano de reestruturação da empresa com base nos interesses envolvidos, de modo a confrontar os interesses públicos ao interesse privado.

No caso, aduz o autor que se considera interesse público: a) os do Município, do Estado Federado, da Região geoeconômica, do mercado, do sistema empresarial, da economia em geral, do país; b) interesses dos empregados e do Fisco; c) os interesses dos investidores e das instituições financeiras, por sua natureza, podem ser considerados quase públicos. Noutra banda, considera-se interesse privado: empresário e credores.

Do confronto entre interesses, se o plano beneficiar mais o interesse público, deve se salvaguardar a atividade empresarial.

Nesse cenário, o interesse social deve prevalecer sobre o interesse individual para fins de preservar a empresa que exerce a sua função social, cujos efeitos favorecem a sociedade como um todo e os interesses transcendem as partes envolvidas.

1.3 Princípio da preservação da empresa

O princípio serve para a interpretação e aplicação do direito, organizando o sistema e atuando como elos do conhecimento jurídico, são considerados normas jurídicas de natureza hierarquicamente superior às normas comuns (LUCON, 1999), com viés de parcialidade (AVILA, 2015) no ordenamento jurídico.

Na doutrina, seguindo o ensinamento de Robert Alexy (1986), o princípio e regra são diferenciados em razão da sua generalidade, o primeiro possui um alto grau de generalidade, enquanto o segundo possui um baixo grau, mas ambas são normas que balizam e ordenam o sistema jurídico.

A generalidade pode ser verificada frente à extensão da sua observação, os princípios têm como função nortear o sistema jurídico com base em um fundamento geral, como aduz Manoel de Queiroz Pereira Calças e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques (2018, p. 222), “são estruturas mestras do ordenamento jurídico”, de outro lado, a regra é específica e direcionada, devendo ser aplicada no caso concreto.

Os princípios podem ser explícitos e implícitos, vinculam a aplicação e interpretação das demais normas previstas no sistema jurídico. Roque Antônio Carrazza (1997, p. 174) apresenta conceito de princípio como:

Segundo nos parece, princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

Entende-se que a violação de um princípio é muita mais grave que a infração de uma regra, sua inobservância é uma insurgência em todo o ordenamento jurídico por não cumprir os valores fundamentais que regem a sua estrutura (MELLO, 2013).

Como exposto, a ordem econômica prevista na Constituição Federal é a estrutura idealizada para o desenvolvimento econômico e social do país, sendo que a empresa é o alicerce para consecução dos diversos princípios positivados na carta magna (função social, livre iniciativa, livre concorrencial, valorização do trabalho).

Portanto, a empresa exerce um papel fundamental na sociedade, e sua preservação coaduna com todo o sistema constitucional.

Considerando que o conceito de empresa possui diversos sentidos, podendo ser analisado sob a perspectiva do empresário, bens, atividade, instituição e mercado, para fins de preservação o que deve ser protegido é a atividade da empresa, porquanto é esta que gera a possibilidade de a empresa exercer a sua função social.

Sob o prisma jurídico, a intenção do princípio da preservação da empresa visa à atividade empresarial, e não o empresário ou sócio da sociedade (COELHO, 2016). Na mesma linha, Paulo F. C. Salles de Toledo (2005) também afirma que a preservação da empresa é vista sob a ótica do sentido funcional, de acordo com os perfis de Asquini.

O princípio da preservação da empresa não está positivado na Constituição Federal, contudo, este deve ser considerado um princípio implícito, diante da sua importância para atingir os princípios positivados da ordem econômica.

A doutrina¹² afirma que a preservação da empresa corresponde ao princípio constitucional da busca do pleno emprego previsto no art. 170, inciso VIII da Constituição Federal, porquanto é a atividade empresarial que gera empregos, não restando possível oportunizar emprego sem preservar a empresa.

Sobre a natureza constitucional do princípio da preservação da empresa, Manoel de Queiroz Pereira Calças (2007, p. 40) destaca que:

O princípio da preservação da empresa que, há muito tempo é aplicado pela jurisprudência de nossos tribunais, tem fundamento constitucional, haja vista que nossa Constituição Federal, ao regular a ordem econômica, impõe a observância dos postulados da função social da propriedade (art. 170, III), vale dizer, dos meios de produção ou em outras palavras: função social da empresa. O mesmo dispositivo constitucional estabelece o princípio da busca do pleno emprego (inciso VIII), o que só poderá ser atingido se as empresas forem preservadas.

O fato de a preservação da empresa ser um princípio implícito não diminui a sua importância como vetor para interpretação do ordenamento jurídico, destacam-se as lições de Carlos Ari Sundfeld (1992, p. 144) que o “os princípios implícitos são

¹² GONÇALVES NETO, Alfredo. **Direito de empresa** – comentários aos arts. 966 a 1.195 do Código Civil. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Introdução, item XIX, p. 65; CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **A preservação da empresa no novo código civil**. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2006, orientador: Eduardo de Oliveira Leite. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/4802/TeseFinal.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 10 jan. 2020, p. 25.

tão importantes quanto os explícitos, desconhecê-los é tão grave quando desconsiderar quaisquer outros princípios”.

Assim, o princípio da preservação da empresa deve prevalecer, sempre que possível, sobre a dúvida entre aplicar a regra que paralise a empresa e outra que permita a solução da questão sem implicar no encerramento da atividade empresarial.

Ana Frazão (2011) sustenta que para muitos autores a preservação da empresa é o principal efeito da função social, também princípio positivada na Constituição Federal, preservá-la permite que esta continue sua atividade, protegendo os interesses internos (sócios e empregados) e externos (consumidores, fornecedores, Estado e sociedade como um todo).

Como indicado pela Paula A. Forgioni (2012) denota-se pelas jurisprudências que a função social da empresa foi protegida no Brasil principalmente nos seguintes cenários, com base no princípio da preservação da empresa:

- a) Impedimento da dissolução total da empresa
- b) Motivos para exclusão do sócio
- c) Manutenção da atividade produtora em crise

O Superior Tribunal de Justiça, em diversos casos de disputas referente à dissolução da sociedade, tanto por retirada, quanto por morte de um dos sócios ou penhora de quotas, assegura a manutenção da atividade, sob o fundamento do princípio da preservação da empresa¹³.

¹³ COMERCIAL. SOCIEDADE POR QUOTA. MORTE DE UM DOS SOCIOS. HERDEIROS PRETENDENDO A DISSOLUÇÃO PARCIAL. DISSOLUÇÃO TOTAL REQUERIDA PELA MAIORIA SOCIAL. CONTINUIDADE DA EMPRESA. SE UM DOS SOCIOS DE UMA SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA PRETENDE DAR-LHE CONTINUIDADE, COMO NA HIPOTESE, MESMO CONTRA A VONTADE DA MAIORIA, QUE BUSCA A SUA DISSOLUÇÃO TOTAL, DEVE-SE PRESTIGIAR O PRINCIPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA, ACOLHENDO-SE O PEDIDO DE SUA DESCONSTITUIÇÃO APENAS PARCIAL, FORMULADO POR AQUELE, POIS A SUA CONTINUIDADE AJUSTA-SE AO INTERESSE COLETIVO, POR IMPORTAR EM GERAÇÃO DE EMPREGOS, EM PAGAMENTO DE IMPOSTOS, EM PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO DAS COMUNIDADES EM QUE SE INTEGRA, E EM OUTROS BENEFÍCIOS GERAIS. (REsp 61.278/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 25/11/1997, DJ 06/04/1998); (...) 2. A dissolução parcial deve prevalecer, sempre que possível, frente

Como se vê, embora o empresário seja parte essencial da composição da empresa, o direito protege a sua atividade, não se permitem o encerramento da empresa quando o sócio não tenha interesse em permanecer na sociedade ou vier a falecer, ou tenha suas quotas penhoradas.

Com base no cenário acima, a jurisprudência também invoca o princípio da preservação da empresa nas ações de exclusão do sócio, quando comprovado que este cometeu falta grave que prejudica a atividade empresária.¹⁴

Rubens Requião (1959, p. 191) defende a preservação da empresa em prol da dissolução, alertando que a empresa é “um repositório de interesses privados e gerais, com alta e relevante função social, sua extinção constitui fato grave, que somente em casos extremos deve ser consentida”.

Em prol do princípio da preservação da empresa, a jurisprudência criou o instituto da dissolução parcial, consolidando a proteção da atividade empresarial em face da disputa dos sócios, que somente veio a ser previsto na legislação no Código Civil vigente, a título de resolução da sociedade e, mais recente, no Código de Processo Civil.

Todas as situações acima ilustradas demonstram que a atividade empresarial é o bem jurídico tutelado pelo Estado quando houver a disputa entre interesse individual dos sócios e o interesse da coletividade.

Como alerta José da Silva Pacheco (1977, p. 23), cabe ao Estado estimular e apoiar a empresa, dentre outras medidas, garantirem a condição da sua sobrevivência e desenvolvimento. A respeito, entende que, no aspecto político-econômico-social, compete ao Estado assegurar, de forma preferencial, os seguintes pontos:

à pretensão de dissolução total, em homenagem à adoção do princípio da preservação da empresa, corolário do postulado de sua função social. (REsp 1303284/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 13/05/2013)

¹⁴ (...) 3. Em circunstâncias excepcionais, é possível a exclusão do sócio majoritário a pedido de minoritário, a fim de prestigiar o princípio da preservação da empresa. Teoria do fato consumado que se adota como fundamento para manter o sócio minoritário no quadro societário. (REsp 1121530/RN, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 26/04/2012)

a) preservar a empresa afetada por crise transitória, a fim de não haver ruptura na sua atuação pelo desenvolvimento econômico da sociedade que se insere; b) assegurar a continuidade do sistema empresarial, que serve de esteio ao desenvolvimento econômico-social; c) garantir a estabilidade econômica e social; d) sanear o sistema, eliminando as empresas que não se adaptem, qualitativa ou quantitativamente, ao pleno desenvolvimento; e) salvaguardar o interesse geral dos credores; f) manter em acendrado nível o crédito empresarial.

Nessa linha, o direito falimentar também se funda pelo princípio da preservação da empresa em razão da sua importância na sociedade contemporânea.

A preservação da empresa no direito brasileiro foi aplicada em uma extensão bem maior no âmbito falimentar quando aprovada a Lei nº 11.101/2005, que alterou a perspectiva da proteção ao credor (agora analisada em segundo plano) para a continuidade da atividade empresarial (COELHO, 2014).

A empresa, por ter um papel importante na sociedade, deve ser vista como um centro autônomo de interesse (COMPARATO, 1990), desvinculada do interesse individual do empresário e do próprio credor, mas analisada sob a ótica do interesse coletivo.

Nesse sentido, a Lei de Falências e Recuperação Judicial positivou o princípio da preservação da empresa, no seu art. 47:

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

A lei criou o instituto da Recuperação Judicial, que tem como objetivo preservar a empresa, mediante procedimento que visa à superação da sua crise econômico-financeira. Os interesses individuais (principalmente dos credores) não serão privilegiados quando acarretar a impossibilidade da continuidade da empresa que exercer a sua função social

O princípio da preservação da empresa implicou no entendimento que a falência da sociedade deve ser a última opção a ser tomada pelo juiz¹⁵, de modo que o Estado deve dar guarida para que a empresa, quando viável, possa tentar se reerguer da crise transitória.

De outro lado, Adriana Valeria Pugliesi Gardino (2012) ressalta que a falência, embora represente uma solução ao pagamento dos credores, não precisa, necessariamente, ser a extinção da atividade, também deve ser observado o princípio da preservação, com a manutenção da fonte produtora, dos empregos e da cadeia produtiva, quando essa alternativa ser viável.

Nesse sentido, defende a autora que o art. 75 da LREF é inspirado no princípio da preservação da empresa, ao dispor que a falência “visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa”.

Nas palavras de Nancy Angrighi (2009, p. 494), “os dois princípios, em verdade, poderiam ser resumidos em um único e maior princípio de todo o direito empresarial: a conservação da empresa.”

Portanto, no âmbito falimentar, vê-se que a busca da preservação da empresa atinge a manutenção da atividade sempre que existente a viabilidade econômica da empresa ou na maximização do ativo da empresa no mercado como meio de transferir para outro sujeito (TOMAZETTE, 2017).

¹⁵ De acordo com a jurisprudência uníssona do STJ, a decretação da falência é medida extrema e excepcional, que somente deve ser tomada quando verificada a inviabilidade da preservação da unidade produtiva. (...) A realização de penhora nos autos da ação executiva e a pendência de julgamento dos embargos do devedor opostos pela recorrida recomendam a não decretação da quebra, sobretudo levando-se em consideração a necessidade de se buscar a manutenção da empresa e a excepcionalidade que deve revestir a decretação da falência, sempre tida como a última opção a ser tomada. (REsp 802.324/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 01/12/2008).

1.4 Direito de insolvência no Brasil: da concordata à recuperação judicial

Fábio Konder Comparato (1970) aduz que tradicionalmente o objetivo da falência é ser um processo especial de execução coletiva do empresário insolúvel, o qual ora protege os interesses dos credores, ora os interesses dos devedores, mas dificilmente consegue proteger ambos.

Manoel de Queiroz Pereira Calças (2016) anota com maestria o histórico do procedimento falimentar frente ao devedor insolvente, aduz que no Direito Romano, quando vigorava a Lei das XII das Tabuas, o devedor pagava pelo seu inadimplemento com seu próprio corpo, sendo entregue ao credor para ser vendido como escravo no mercado como forma de pagamento aos seus credores. Nessa época, a execução do débito era promovida contra a pessoa do devedor em prol do interesse do credor.

Posteriormente, a execução pessoal foi abolida (embora tenha sido retomada em alguns pontos da história) dando lugar à execução patrimonial, mas ainda com rigorosos e graves efeitos ao devedor insolvente, como a perda da administração de todos os seus bens e condenação por infâmia, implicando na perda do direito de cidadania, banimento da cidade, com extensão dos efeitos aos seus filhos e herdeiros (CALÇAS, 2016).

A falência era considerada um crime na época medieval, sendo que sua decretação implicava na prisão automática do devedor e seu banimento das relações sociais, tal situação foi assim vista até o século XVIII (COMPARATO, 1970).

Posteriormente, nas bases do direito anglo-saxão, a falência passou a não ser considerada em si um crime, de forma a separar o devedor do seu patrimônio, porém, de modo geral, o procedimento sempre buscava os interesses dos credores.

A falência nesses períodos sempre implicou no encerramento da empresa, ou seja, na paralisação da atividade empresarial e execução coletiva dos bens do devedor para fins de dividi-los aos seus credores.

Contudo, com a evolução da sociedade e o papel importante que a empresa passou a desenvolver, o processo de insolvência altera o foco para a preservação da empresa e não só para os interesses dos credores, o que desdobra na criação de institutos que objetivam beneficiar a empresa em crise, como forma de evitar a sua falência.

Nelson Abraão (1997) esclarece que a fase falimentar com base no princípio da preservação da empresa surgiu em França, que procedeu com a pesquisa da falência sob o ângulo econômico, cujo resultado concluiu que a empresa em crise quando viável deve ser preservada, se inviável deve ser liquidada; separar a sorte da empresa dos seus administradores, inclusive, afastando estes quando cometerem falta.

A falência como liquidação passou a ser vista como um mal em princípio, a partir do “crack” da Bolsa de Nova York e da reforma legislativa dos Estados Unidos em 1934, que buscou meios de recuperar a empresa em crise, preservando a sociedade empresarial que é mais importante fonte de produção e emprego do mundo (BEZERRA FILHO, 2012).

Diante desse novo cenário, Rubens Requião (1995, p. 05) definiu a falência como a “solução judicial da situação jurídica do devedor-comerciante que não paga no vencimento obrigação líquida”, visto que a falência implica na liquidação da empresa arruinada ou proporciona a sua recuperação frente à existência de instituto de permite a manutenção da empresa.

Na evolução do direito de insolvência no Brasil, o processo falimentar é pendular, protegendo alternadamente o insolvente ou os seus credores, principalmente diante da conjuntura econômica e da filosofia política no momento da aprovação da lei (COMPARATO, 1970).

No Brasil, como ensina Pontes de Miranda (1892/1979), a alternativa para evitar os efeitos da falência foi instituído a concordata que era considerada um favor concedido ao devedor honesto em dificuldade, a fim de possibilitar adiamentos da exigibilidade do crédito, dilação, abate ou encurtamento do passivo.

O instituto da concordata foi regulado pela primeira vez no Brasil em 1850 no Código Comercial, depois disso passou por diversas alterações legislativas, ora tendendo em favor do credor ou devedor, ora se tornando impraticável frente às exigências previstas na lei para evitar fraudes, muitas vezes tal situação ocorria por total desconhecimento do legislador de que a empresa é um centro múltiplo de interesses (dos empresários, dos empregados, dos credores, do fisco, da região, do mercado em geral) (COMPARATO, 1970).

A última alteração legislativa da concordata, que originou o Decreto Lei nº 7.661/45, teve a intenção de diminuir a participação dos credores na aprovação da concordata, tanto para fins de melhor proteger o interesse da empresa afastando sua sorte dos interesses exclusivos dos credores, bem como para evitar fraudes pelos empresários que muitas vezes criavam créditos ou aliavam-se a determinados credores para aprovação da concordata.

Na norma anterior, o Decreto Lei nº 7.661/45, fora disciplinado a concordata preventiva e suspensiva, cujo conceito pode ser extraído das lições de Trajano de Miranda Valverde (1955, p. 114) como “uma demanda para evitar a decretação da falência (concordata preventiva que era requerida pelo devedor ao juiz), ou “fazer cessar os efeitos dela, se já declara” (concordata suspensiva, que podia ser requerida pelo devedor quando o juiz já havia decretado a falência). A única diferença entre as concordatas é o momento em que o devedor a requeria, que implicava em alterações das condições mínimas dos créditos.

A lei anterior foi elaborada com o objetivo de evitar a falência do devedor, contudo, esta não era eficaz para a recuperação da crise, por diversos motivos, entre eles, as condições de pagamentos pré-estabelecidas, apenas voltadas para

créditos quirografário¹⁶, requisitos que dificilmente as empresas se enquadravam para fins de concessão de concorda preventiva, como não ter protesto judicial, possuir ativos que atinjam 50% do crédito quirografário¹⁷.

A concordata possuía natureza processual, não havia manifestação dos credores, tratava-se de direito, pretensão e ação do devedor que era prestado pelo Estado para evitar a sua liquidação (MIRANDA, 1892/1979).

Embora a concordata pudesse ser determinada pelo juiz sem a necessidade de aprovação dos credores, o que era benéfico à empresa, inclusive chamada de “concordata de espírito fascista e de autoridade” por Waldemar Ferreira (1946, p. 41), a impossibilidade de negociar as condições, tornou a concordada engessada para solucionar a crise da empresa.

Nesse passo, como asseverou Marçal Romeiro Bhara (1989), a concordata no Brasil se revelou na prática uma atividade dilatária da falência, não tendo o condão de realmente reerguer o empresário viável e honesto.

Conforme observa Fábio Konder Comparato (1970), o legislador à época tinha a concepção de que a concorda era um favor legal que se dava a empresa para esta continuar com o seu negócio, a visão do legislador não estava voltada ao interesse coletivo como um remédio aplicável para reerguimento da empresa.

¹⁶ Na concorda preventiva o credor deveria no mínimo prometer aos credores as condições previstas no art. 156 que dispõe que: o devedor pode evitar a declaração da falência, requerendo ao juiz que seria competente para decretá-la, lhe seja concedida concordata preventiva. O devedor, no seu pedido, deve oferecer aos credores quirografários, por saldo de seus créditos, o pagamento mínimo de: 40%, se for à vista; 60%, se for a prazo, o qual não poderá exceder de dois anos, devendo ser pagos pelo menos dois quintos no primeiro ano; 50%, se for à vista; 60%, 75%, 90% ou 100%, se a prazo, respectivamente, de 6 (seis), 12 (doze), 18 (dezoito), ou 24 (vinte e quatro) meses, devendo ser pagos, pelo menos, 2/5 (dois quintos) no primeiro ano, nas duas últimas hipóteses. Na concordata suspensiva também era previsto condições mínimas no art. 175 o qual previa que falido poderia obter a suspensão da falência, requerendo ao juiz lhe seja concedida concordata suspensiva. O devedor, no seu pedido, deve oferecer aos credores quirografários, por saldo de seus créditos, o pagamento mínimo de: 35%, se for a vista; e 50%, se for a prazo, o qual não poderá exceder de dois anos, devendo ser pagos pelo menos dois quintos no primeiro ano.

¹⁷ Os requisitos estavam previstos no art. 158, cumprindo ao devedor satisfazer as seguintes condições: exercer regularmente o comércio há mais de dois anos; possuir ativo cujo valor corresponda a mais de cinquenta por cento do seu passivo quirografário; na apuração desse ativo, o valor dos bens que constituam objeto de garantia, será computado tão somente pelo que exceder da importância dos créditos garantidos; não ser falido ou, se o foi, estarem declaradas extintas as suas responsabilidades; não ter título protestado por falta de pagamento.

Note-se que a concordata obrigava os credores a se submeterem as condições mínimas previstas na lei, que muitas vezes apenas beneficiava o empresário para não ter a falência decretada, mas não necessariamente recuperava a empresa. De tal modo que, conforme alertou Rubens Requião (1995), a concordata foi utilizada, muitas vezes, como meio de fraude, mas pouco podia para fins de superar a crise econômico-financeira da empresa.

Assim sendo, em busca de alterar o procedimento com o viés para a preservação da empresa em crise, ou seja, da atividade empresarial desvinculada dos interesses individuais dos seus dirigentes e credores, foi elaborado diversos projetos de lei, sendo aprovado o projeto nº 71/2003 que se tornou a Lei nº 11.101/2005 (LREF), ora em vigência, que instituiu a Recuperação Judicial (objeto deste trabalho) e a Recuperação Extrajudicial (que teve pouca adesão pelos empresários, denominada de natimorto pela doutrina (PAIVA, 2012)).

A LREF revogou o Decreto Lei nº 7.661/45, eliminando o instituto da concordata do ordenamento jurídico brasileiro, a lei foi considerada um novo marco para o direito falimentar no Brasil, inserindo o país no grupo de países que as leis concursais são voltadas para a preservação da empresa (CEREZETTI, 2012).

O Senador Ramez Tebet, que apresentou o parecer no projeto de lei que deu origem a LREF, esclarece as intenções de revogar a concordata e criar um instituto que permita a reorganização da empresa em crise:

Em lugar da atual concordata – um regime ao qual poucas empresas conseguem sobreviver e que tem como desfecho mais freqüente a decretação da falência – criam-se as opções da recuperação extrajudicial e da recuperação judicial. No primeiro caso, propomos um modelo em que não seja compulsória a participação de todos os credores e em que apenas os mais relevantes sejam chamados a renegociar seus créditos, de forma a permitir a reestruturação da empresa sem comprometimento das características, prazos e valores dos créditos pertencentes aos demais credores.

A LREF foi elaborada com a influência dos Princípios e Diretrizes para eficazes sistemas de insolvência e de direito dos credores formulados pelo Banco Mundial¹⁸, que visa à reestruturação da empresa em crise (BEZERRA FILHO, 2018).

As alterações trazidas pela lei, conforme será abordado, busca a preservação da empresa para fins de manutenção da atividade empresária e a sua função social, trazendo aspectos procedimentais visando possibilitar o soerguimento da empresa, não favorecendo devedor ou credor, mas buscando meios de recuperar a empresa viável, com cooperação entre os envolvidos.

¹⁸ Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/pt/214491468763757294/pdf/306470v-20DC200100008-Rev1.pdf>.

2 RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO MEIO DE PRESERVAR A EMPRESA: OBJETIVOS E ESTRUTURA DA LEI

2.1 Os objetivos da recuperação judicial

A LREF foi inspirada na lei norte-americana e francesa (TOLEDO e PUGLIESI, 2016), visando criar mecanismos para buscar a superação da crise econômico-financeira da empresa viável. De modo que o objetivo¹⁹ principal da LREF é a preservação da empresa (CEREZETTI, 2012).

A LREF positivou expressamente seu objetivo no art. 47, no sentido de:

Viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, para a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

A preservação da empresa não se figura unicamente como objetivo da lei, como exposto, possui carga de princípio, e deve ser considerado o princípio basilar da recuperação judicial, cuja finalidade é a manutenção da atividade quando a empresa possuir viabilidade de cumprir com sua função social, ou seja, gerar empregos, circular riqueza e estimular a atividade econômica e social.

Sobre o tema, Renata Mota Maciel Dezem (2017) assevera que preservar a empresa é reconhecer a sua função social. Portanto, busca-se na recuperação judicial a manutenção da atividade diante dos efeitos sociais e econômicos que esta gera, não devendo ser tratada como meio de evitar a falência em prol do empresário.

Nesse passo, a lei deve ser aplicada e interpretada com base nessa diretriz, e quando existir eventual conflito entre regras e o princípio, deve prevalecer à

¹⁹ Neste tópico, o termo objetivo e função da lei são apresentados como sinônimos.

interpretação que melhor se enquadre no princípio da preservação da empresa, quando estiver em frente de uma empresa possivelmente viável.²⁰

Do mesmo modo, caso deparado com situações que não estão previstas na lei, deve escolher aquela que atenda o princípio da preservação da empresa em prol daqueles que venham a prejudicar (BEZERRA FILHO, 2018).

Como observa Marcus Eliidus Michelli de Almeida (2005), o princípio da preservação da empresa permite até mesmo interpretar os dispositivos normativos da LREF para além da sua forma gramatical.²¹

Portanto, a recuperação judicial ingressou no ordenamento jurídico com o principal objetivo de preservar a empresa em crise, a aplicação e interpretação dos seus dispositivos devem observar tal fundamento.

Embora o princípio da preservação da empresa deve ser privilegiado, isso não afasta a ponderação das normas pelo aplicador do direito, que deve analisar cada caso concreto confrontando os sacrifícios e os interesses envolvidos.

O princípio da preservação da empresa reflete nos demais objetivos do instituto (DEZEM, 2017), que estão vinculados a sua finalidade imediata de continuidade do emprego e a satisfação dos direitos e interesses dos credores e, com a sua finalidade mediata de estimular a atividade empresarial, o trabalho humano e a economia creditícia (LOBO, 2015).

Os objetivos da lei, inclusive o da preservação da empresa, podem ser extraídos do Relatório do Senador Ramez Tebet apresentando no projeto de lei que deu origem a LREF.

²⁰ O Superior Tribunal de Justiça, no Resp. afirma que a lei deve observar o objetivo do art. 47, cujo princípio basilar é o da preservação da empresa:

²¹ O Superior Tribunal de Justiça já afastou normas expressas na lei diante do princípio da preservação da empresa: AgRg no AREsp 286.390/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, quarta turma, julgado em 30/05/2019, DJe 04/06/2019; AgInt no REsp 1717939/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/08/2018, DJe 06/09/2018 (prorrogação do stayperiod); REsp 1337989/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 04/06/2018 (aprovação do plano sem a aprovação do quórum), Resp. CC 131.656-PE, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 8/10/2014; AgInt no AREsp 1417663/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 28/05/2019, DJe 04/06/2019 (impedimento de retirar bens essenciais vinculados a operação extraconcursal).

Tem-se como objetivo da recuperação judicial, a separação dos conceitos de empresa e de empresário. A recuperação judicial visa preservar a atividade empresária e não a manutenção do empresário²² no comando da empresa, o qual pode ser afastado de ofício ou a requerimento na hipótese de seus atos prejudicarem a manutenção da empresa (art. 64 da LREF).²³

A lei possibilita dissociar a ruína da empresa da ruína do empresário, permitindo que a primeira sobreviva ao último (SALOMÃO, 2012), de modo que a empresa pode trazer como meio de recuperação a alteração dos seus dirigentes, seja por reestruturação societária, trepasse do estabelecimento, constituição de nova empresa, entre outros meios que estão exemplificados no art. 50 da LREF.

Nesse passo, a recuperação judicial tem como objetivo a manutenção da atividade da empresa viável e não a decretação da falência do empresário ou sua manutenção nos poderes de direção da empresa.

Cabe salientar que a recuperação judicial deve ser empregada para empresa viável, quando esta não for, cabe a sua retirada imediata do mercado.

A viabilidade econômica da empresa, como será exposta a seguir, é realizada pelos credores. Contudo, no viés do objetivo da lei, a viabilidade da empresa deve ser vista além da questão econômica, mas se esta continuará a possibilitar os interesses previstos no art. 170 da Constituição Federal.

Não cabe preservar uma empresa que apenas conseguirá cumprir as condições pactuadas com os credores - como acontecia na concordata - a perspectiva da superação da crise, sob a LREF, tem como finalidade que a empresa possa gerar todos os efeitos da função social.

²²O termo empresário é utilizado equivalente ao empresário individual, titular de EIRELI e sócios e administradores da sociedade empresária.

²³ Casos em que houve a destituição de administradores em razão de atos que prejudicam a empresa: (TJ-MT - AI: 00801726320118110000 80172/2011, Relator: DES. JURACY PERSIANI, Data de Julgamento: 18/04/2012, SEXTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 25/04/2012; TJ-SP - AI: 4453665120108260000 SP 0445366-51.2010.8.26.0000, Relator: Elliot Akel, Data de Julgamento: 01/03/2011, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Data de Publicação: 15/03/2011).

Nesse sentido, Daniel Carnio Costa (2015, p. 64) afirma que o ônus do credor somente se justifica se presente os efeitos do benefício social da empresa:

O ônus suportado pelos credores em razão da recuperação judicial só se justifica se o desenvolvimento da empresa gerar os benefícios sociais reflexos, que são decorrentes do efetivo exercício dessa atividade. Empresas que, em recuperação judicial, não gerariam empregos, rendas, tributos, nem fariam circular riquezas, serviços e produtos, não cumprem a sua função social e, portanto, não se justifica mantê-las em funcionamento nesses termos, carregando-se todo o ônus do procedimento aos credores, sem qualquer contrapartida social.

O objetivo de retirar a empresa não recuperável do mercado não conflita com a preservação da empresa, tal princípio não pode ser aplicado a todo custo, deve ser retirado do mercado empresas que não podem mais gerar riquezas e empregos, porquanto, prejudicam o crédito e a confiança no mercado.

Analisando sob o enfoque da falência, a liquidação de uma empresa irrecuperável permite nova abertura no mercado, bem como os eventuais ativos serão colocados à disposição de outras empresas, que podem manter a atividade ou empregá-los como investimento, o que favorece o mercado como um todo.

Conforme ensina Fábio Ulhoa Coelho (2011, p. 173):

(...) algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária devem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos – materiais financeiros e humanos – empregados nessa atividade devem ser realocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza. Assim, a recuperação da empresa não deve ser visto como um valor a ser buscado a qualquer custo. Pelo contrário, as más empresas devem falir para que as boas não se prejudiquem.

A própria lei prevê a possibilidade da continuidade do negócio na falência, a empresa pode não ser mais recuperável, mas pode possuir bons negócios que isolados podem ser mantidos no mercado com nova gestão.

A continuação do negócio do falido, como ensina Nelson Abrão (1998), faz parte da administração dos bens e projeta o princípio da preservação da empresa, não tendo como principal finalidade o pagamento dos credores, mas a sobrevivência do negócio e manutenção dos empregos.

A recuperação judicial também traz como objetivo a proteção aos trabalhadores, de forma central por permitir a manutenção da fonte geradora do emprego.

A manutenção do emprego traduz no valor social da empresa em funcionamento. Nesse campo, Manoel Justino Bezerra Filho (2019) aduz que a lei estabeleceu ordem de preferência nos objetivos, cuja manutenção da fonte produtora, que gera a manutenção do emprego, deve prevalecer sobre o interesse dos credores.

Ainda, a LREF também objetiva a proteção do trabalhador credor, dando maiores poderes nas deliberações ao regular que o peso do seu voto é por cabeça e não por crédito como é nas demais classes. Ademais, a LREF prevê condições de pagamento diferenciadas para essa classe.

A recuperação judicial, diferente da concordata, não impôs condições mínimas para pagamento dos credores, prevaleceu a elaboração de um plano pela empresa com base nas peculiaridades de sua crise (exceto o plano especial da micro empresa e empresa de pequeno porte), todavia, com a intenção de proteger o trabalhador credor, esta foi a única classe que a lei determina prazo máximo de 12 meses para pagamento e não poderá, ainda, prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial, cuja inobservância acarreta nulidade da disposição em contrário²⁴.

²⁴ Os Tribunais declaram nulas as cláusulas que violam o pagamento em tempo superior ao prazo da lei.

Sheila Christina Neder Cerezetti (2012) critica a lei no tocante a não prever uma participação dos empregados não credores nas deliberações, alerta que a proteção da lei aos trabalhadores atinge apenas os que são credores, não se atentando aos que estão trabalhando e tem interesse direito pela manutenção da empresa.

A crítica tem toda a razão no tocante ao aspecto estrutural da lei, mas o fato de não existir a participação dos empregados não credores nas deliberações da recuperação judicial, não retira o objetivo de o instituto em manter a fonte produtora para fins de manutenção dos postos de trabalho, o que por si já traz a proteção ao pleno emprego.

Além do mais, um país com uma lei de insolvência que é aplicado com segurança jurídica, celeridade e eficiência, consegue a redução do custo do crédito e o desenvolvimento econômico e social, visto que a clareza e a previsibilidade da aplicação da lei implicam em investimento no país, que, por via de consequência, gera todos os efeitos do ciclo econômico, bem como atrai a abertura no crédito diante da confiança no sistema de insolvência, o que também favorece o ciclo econômico.

Portanto, a LREF trouxe na sua proposta tais aspectos como objetivos, almejando a celeridade, desburocratizando procedimentos (adota procedimento extrajudicial para habilitação e impugnação de créditos) e prezando por prazos para apresentação do plano e realização da sua deliberação (o que veremos adiante que acabou por não conseguirem ser concretizados, na maior parte das vezes).

Com fundamento no objetivo da redução do custo do crédito, foi afastado pelo legislador alguns tipos de operações do procedimento (art. 49, § da LREF), que serão abordados de forma específica ao longo do trabalho. Sob a ótica abstrata, a justificativa é coerente: o mercado teria confiança em firmar tais tipos de operações que estão fora do procedimento recuperacional, visto possuir menor risco, o que gera a redução dos juros.

Contudo, ao passar do tempo, verifica-se que tal situação não se concretizou, como alerta Leonardo Adriano Ribeiro Dias (2014), os juros não reduziram ao longo dos anos, tal situação ocorre em razão de diversos fatores, desde a questão de ordem econômica, como pela aplicação da lei, esta última causando impactos consideráveis para atingir o atual cenário.

Ademais, no tocante aos credores submetidos ao procedimento, a LREF adotou também como objetivo a participação ativa destes, ao contrário da concordata que os credores tinham pouca participação. No procedimento recuperacional, são os credores que deliberam sobre o plano judicial, ou seja, cabe a eles a decisão sobre a recuperação judicial da empresa em crise.²⁵

Os credores são os que se sacrificam diretamente para o reerguimento da empresa, razão pela qual é certo atribuir a estes o poder de decisão. Tal situação não conflita com o interesse público que envolve o instituto, o procedimento prevê para a deliberação a maioria dos credores, existindo abuso de direito, cabe a aprovação do plano, mesmo que com quórum inferior, cuja situação será analisada pelo juiz²⁶.

Para Adriana Valeria Pugliesi Gardino (2016), embora haja uma aparente contradição entre o princípio da preservação da empresa e a participação ativa dos credores, já que estes votam com base em interesse individual, a observância do princípio majoritário, isto é, o resultado da deliberação atingem os credores dissidentes e ausentes, coaduna com a aplicação do princípio da preservação da empresa.

²⁵ O Superior Tribunal de Justiça já definiu a decisão da assembleia geral de credores é soberana, cabendo ao Poder Judiciário apenas analisar eventual ilegalidade: REsp 1.359.311-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 9/9/2014; REsp 1.314.209-SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 22/5/2012.

²⁶ O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que deve o magistrado analisar a existência de abusividade de voto de credor que vai de encontro com o interesse da preservação da empresa: "(...) 5. Assim, visando evitar eventual abuso do direito de voto, justamente no momento de superação de crise, é que deve agir o magistrado com sensibilidade na verificação dos requisitos do *cramdown*, preferindo um exame pautado pelo princípio da preservação da empresa, optando, muitas vezes, pela sua flexibilização, especialmente quando somente um credor domina a deliberação de forma absoluta, sobrepondo-se àquilo que parece ser o interesse da comunhão de credores." (REsp 1337989/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 04/06/2018).

Conforme ensinam João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (2017, p. 71), a legislação teve como objetivo criar cooperação entre credor e devedor para buscar esforços para a solução da crise:

(...) uma das principais funções da legislação de insolvência é propiciar um ambiente de cooperação entre os agentes envolvidos, sobretudo, nos processos recuperatórios, com a participação ativa dos credores, alocando, em sua esfera de ação, boa parcela do poder decisório sobre o esforço de soerguimento da empresa, uma vez que eles os credores são os mais afetados com as medidas de reorganização do devedor. A experiência econômica demonstra que os resultados globais das recuperações tendem a ser melhores quando as partes diretamente envolvidas no empreendimento cooperam entre si.

Outro objetivo da lei, direcionado aos credores, é o denominado *par conditio creditório*²⁷, que significa a igualdade dos credores. Destaca-se que tal objetivo, está presente no direito de insolvência ao longo da história, é a base da execução coletiva, de modo a permitir que todos os credores recebam igualmente, e que não existam privilégios entre credores da mesma classe.

Na recuperação judicial, os credores são divididos em classe (trabalhista, real, quirografário e empresas enquadradas em ME e EPP), é vedado prevalecer credores da mesma classe²⁸, exceto quando há interesses homogêneos que justifiquem uma subclasse de credores²⁹, ficando vedada a estipulação que impliquem verdadeira anulação de direitos de eventuais credores isolados ou minoritários³⁰.

A LREF com forma de possibilitar o soerguimento da empresa, também tem como objetivo a maximização dos ativos, no caso da recuperação judicial, além de

²⁷Enunciado 81 da II Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal: "Aplica-se à recuperação judicial, no que couber, o princípio da *par conditio creditorum*".

²⁸Enunciado 57 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal: "O plano de recuperação judicial deve prever tratamento igualitário para os membros da mesma classe de credores que possuem interesses homogêneos, sejam estes delineados em função da natureza do crédito, da importância do crédito ou de outro critério de similitude justificado pelo proponente do plano homologado pelo magistrado".

²⁹ O Superior Tribunal de Justiça permitiu a criação de subclasses de credores quando há requisitos objetivos. Como exemplo, podemos citar: fornecedores essenciais, credores que darão linha de crédito pós recuperação, etc. (REsp 1.634.844-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, por unanimidade, julgado em 12/03/2019, DJe 15/03/2019).

³⁰ REsp 1700487/MT, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 26/04/2019.

permitir a venda de ativos da empresa aprovada no plano judicial, permite que os bens sejam alienados sem sucessão dos débitos, o que incentiva a aquisição dos bens por terceiro.

Por fim, a legislação com objetivo de desburocratizar a recuperação das microempresas e empresas de pequeno porte, criou o plano especial para as empresas que se enquadram na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Embora louvável a intenção, tal procedimento não restou muito utilizado, porquanto engessou o plano judicial com condições fixas, o que muitas vezes não se enquadra nas necessidades da empresa em crise, razão pela qual a maior parte das microempresas e empresas de pequeno porte adota a recuperação judicial comum.

Em 2014, houve alteração da LREF que teve como objetivo a proteção das microempresas e empresas de pequeno porte na figura de credor, criou uma classe de credores própria para as empresas que se enquadram nesse regime, bem como atribui o peso do seu voto da mesma maneira do credor trabalhista, ou seja, por cabeça e não por crédito.

2.2 Aspectos da estrutura da recuperação judicial

O empresário ou a sociedade empresária, cabendo litisconsórcio facultativo em caso de grupo econômico de fato³¹, para obter a concessão da recuperação judicial deve ingressar com o pedido perante o Poder Judiciário, demonstrando que se enquadra nos requisitos legais previstos³².

³¹ (...)3. É possível a formação de litisconsórcio ativo na recuperação judicial para abranger as sociedades integrantes do mesmo grupo econômico. 4. As sociedades empresárias integrantes de grupo econômico devem demonstrar individualmente o cumprimento do requisito temporal de 2 (dois) anos de exercício regular de suas atividades para postular a recuperação judicial em litisconsórcio ativo. (...) (REsp 1665042/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019)

³² Os requisitos para requer o pedido de recuperação judicial está previsto no art. 48 da Lei nº 11.101/2005: "Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; III – não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de

A LREF apenas permite a sociedade empresária ou o empresário requererem a recuperação judicial, excluindo o devedor não empresário, ou seja, a sociedade simples, atividade rural não registrada no Registro Mercantil, entes despersonalizados e pessoa natural.

A LREF não se aplica a empresa pública e sociedade de economia mista, instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

A legitimidade para requerer o pedido de recuperação judicial somente decorre da sociedade empresária e do empresário, não cabe o pedido pelos credores ou pelo próprio Estado.

A competência para apreciação do processo de recuperação judicial, bem como seus incidentes, é o juízo do principal estabelecimento do devedor.

Na hipótese de existir mais de um estabelecimento, Oscar Barreto Filho (1989, p. 145) defende que o principal estabelecimento deve ser selecionado sob ponto vista econômico, ou seja, “que exerce maior atividade mercantil, que é mais expressivo em termos patrimoniais”. A jurisprudência vai na mesma linha, considerado o principal estabelecimento aquele que se centralizam as atividades mais importantes da empresa³³.

recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.”

³³ CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AGRAVO INTERNO. PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ART. 3º DA LEI N. 11.101/2005.1. Nos termos do art. 3º da Lei n. 11.101/2005, o foro competente para o processamento da recuperação judicial e a decretação de falência é aquele onde se situe o principal estabelecimento da sociedade, assim considerado o local onde haja o maior volume de negócios, ou seja, o local mais importante da atividade empresária sob o ponto de vista econômico. Precedentes. (...) (AgInt no CC 147.714/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/02/2017, DJe 07/03/2017).

O juiz proferirá o despacho de processamento no caso de estar presentes o requisito legal no ato do pedido do devedor, não sendo o momento para apreciação da viabilidade da empresa.

Ao comentar sobre o tema, Sidnei Agostinho Beneti (2005, p. 235-236) aduz que:

Em ordem a petição inicial, o juiz profere o despacho positivo (art. 52). A recuperação não é de início deferida, até porque ainda não existe o plano de recuperação, mas apenas o processamento do pedido de recuperação (arts. 51 e 52). A apreciação do pedido de processamento pelo juiz deve dar-se incontinenti à apresentação, após exame extremamente perfunctório, sem possibilidade e delongas de maior verificação, pois se trata, como dito, de mera determinação de processamento, devendo o exame aprofundar-se ulteriormente, até a sentença de deferimento da recuperação.

Embora não esteja previsto na lei, Daniel Carnio Costa foi o precursor da chamada “perícia previa”, que visa nomear perito judicial para analisar a documentação apresentada pela empresa e verificar *in loco* a sua atividade, como requisito para deferimento da recuperação judicial.

A referida perícia é defendida por Daniel Carnio Costa (2018) como requisito para deferimento da recuperação, com base nas seguintes razões:

Nesse momento, busca-se evitar que uma empresa inexistente, sem qualquer atividade e sem qualquer capacidade de gerar empregos, produtos, serviços e tributos ajuíze a recuperação judicial com o objetivo de impor aos credores uma negociação que não terá nenhuma contraprestação de interesse público ou social. Se não haverá empregos a serem salvos, por exemplo, qual é o sentido de impor aos credores uma negociação que implique na alteração dos seus créditos? Mas se a atividade existe, embora em crise, o processo deve ser iniciado, cabendo aos credores decidir sobre a viabilidade econômica daquela empresa.

De outro lado, parte da doutrina diverge da aplicação da perícia previa como regra³⁴. Nesse sentido, Renata Mota Maciel Dezem e Joseane Isabel Becker (2019)

³⁴ Nesse sentido: FURTADO, Paulo. Artigo disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/279351/pericia-previa-na-recuperacao-judicial-a-excecao-que-virou-regra>;

<https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/300960/juizos-nao-especializados-nao-devem-ser-obrigados-a-adotar-praticas-que-conhecem-superficialmente-e-as-graves-consequencias->

afirmam que a perícia previa deve ser aplicada em casos excepcionais quando existir fundado receio de fraude ou abuso, é dever do juiz analisar o pedido da recuperação judicial, que deve ser analisada em cognição sumaria, não podendo delegar ao administrador judicial sua verificação que não exige capacidade técnica específica, pois a viabilidade da empresa deve ser verificada pelos credores.

Ao nosso entender, de fato, a perícia previa deve ser excepcional, apenas sendo determinada quando presentes indícios de que a empresa não exista de fato ou que os documentos apresentados possuam irregularidades.

Ou seja, a perícia prévia deve ter caráter informativo sobre o funcionamento da empresa e a validade dos documentos, jamais poderá ingressar na viabilidade da econômica da empresa, porquanto esta somente compete aos credores.

No ato do despacho de processamento, é nomeado Administrador Judicial que é considerando um *longa manus* do juiz, o qual tem como função primordial fiscalizar a empresa, acompanhando sua atividade e cumprimento das obrigações ligadas a recuperação judicial³⁵.

O Administrador Judicial possui uma equipe multidisciplinar que auxilia o juiz na condução do processo de recuperação judicial, considerando que a recuperação judicial envolve questões que exige o conhecimento de diversas áreas do direito

de-sua-implantacao. SACRAMONE, Marcelo. **Comentários à Lei de Recuperação Judicial e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2018.

³⁵ O art. 22 da LREF prevê de forma exemplificativa as atribuições do Administrador judicial na recuperação judicial: a) enviar correspondência aos credores constantes na relação de que trata o inciso III do **caput** do art. 51, o inciso III do **caput** do art. 99 ou o inciso II do **caput** do art. 105 desta Lei, comunicando a data do pedido de recuperação judicial ou da decretação da falência, a natureza, o valor e a classificação dada ao crédito; b) fornecer, com presteza, todas as informações pedidas pelos credores interessados) dar extratos dos livros do devedor, que merecerão fé de ofício, a fim de servirem de fundamento nas habilitações e impugnações de créditos; d) exigir dos credores, do devedor ou seus administradores quaisquer informações; e) elaborar a relação de credores de que trata o § 2º do art. 7º desta Lei; f) consolidar o quadro-geral de credores nos termos do art. 18 desta Lei; g) requerer ao juiz convocação da assembléia-geral de credores nos casos previstos nesta Lei ou quando entender necessária sua ouvida para a tomada de decisões; h) contratar, mediante autorização judicial, profissionais ou empresas especializadas para, quando necessário, auxiliá-lo no exercício de suas funções; i) manifestar-se nos casos previstos nesta Lei; j) fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial; k) requerer a falência no caso de descumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação; l) apresentar ao juiz, para juntada aos autos, relatório mensal das atividades do devedor; m) apresentar o relatório sobre a execução do plano de recuperação, de que trata o inciso III do **caput** do art. 63 da Lei.

(comercial, contábil, tributária, trabalhista, consumidor, civil, etc.), bem como de áreas contábil e de administração de empresa.

A remuneração do Administrador Judicial é arcada pela empresa devedora no percentual de até 5% sobre o valor do saldo devedor, com base na capacidade de pagamento do devedor, grau de complexidade e valores praticados no mercado.

Após o deferimento do processamento da recuperação judicial, serão abertos os prazos previstos na lei³⁶, quais sejam, suspensão das execuções individuais frente a empresa (180 dias), apresentação do plano judicial pelo devedor (60 dias), habilitações e impugnações de crédito (15 dias na fase administrativa e 10 na fase judicial), apresentação de objeção ao plano judicial (30 dias após a apresentação do plano) e para realização da assembleia geral de credores (150 dias), caso algum credor se oponha ao plano apresentado pelo devedor.

O efeito mais importante do despacho de processamento no que se refere à crise da empresa é a suspensão das ações judiciais em face do devedor. A lei definiu o prazo de 180 dias para todas as execuções e ações judiciais fiquem suspensas em face do devedor, exceto as ações de quantia ilíquida, crédito trabalhista, execução fiscal e ações ajuizadas pelos credores não submetidos à recuperação judicial.

O *stay period* (denominação do prazo de 180 dias), não permite a penhora de bens e valores do devedor, mesmo nos casos dos credores não submetidos aos efeitos do procedimento, caso o objeto da garantia for bens de capital essenciais ao desenvolvimento da atividade empresarial³⁷, para que a empresa consiga negociar com todos os seus credores, bem como preservar o patrimônio de eventuais constrições de bens imprescindíveis à continuidade da atividade empresarial³⁸

³⁶ Com o advento do Código de Processo Civil restou estabelecido que os prazos de natureza processual são contados em dias úteis, surgiu discussão sobre a natureza dos prazos previstos na LREF. O STJ se manifestou que os prazos da suspensão das execuções e apresentação do plano judicial devem ser considerados corridos, em razão da sua natureza material: REsp 1699528/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 13/06/2018.

³⁷ O STJ definiu bem de capital no REsp 1758746/GO, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe 01/10/2018

³⁸ Nesse sentido: REsp 1374259/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 18/06/2015

A lei afirmou que o prazo de 180 dias é improrrogável, porém, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que tal prazo pode ser prorrogado se for necessário para a preservação da empresa³⁹, bem como já sedimentou que o prazo não deve ser expirado de forma automática.⁴⁰

Pelo devedor será elaborado e apresentado um plano judicial, o qual constará os meios de recuperação da crise, que podem ser aqueles previstos no art. 50 da LREF, que apresenta de forma exemplificativa possível alternativa para soerguimento da empresa, ou outros meios lícitos que sejam viáveis para a solução da crise⁴¹.

O plano judicial é apresentado para análise dos credores, aos quais compete a sua aprovação, no caso de existir objeção de algum credor (um único credor já é o suficiente), será necessário a realização de uma assembleia geral de credores.

A assembleia geral de credores foi introduzida na lei com a finalidade de atingir o objetivo da maior participação dos credores na recuperação judicial (MANGE, 2012) e possibilitar a negociação do plano de forma transparente, tornando o órgão mais importante do procedimento, visto ser o conclave que

³⁹ Nesse sentido: AgInt no REsp 1717939/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/08/2018, DJe 06/09/2018.

Na mesma linha, Enunciado Nº 42 da Primeira Jornada de Direito Comercial: O prazo de suspensão previsto no art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005 pode excepcionalmente ser prorrogado, se o retardamento do feito não puder ser imputado ao devedor.

⁴⁰ Nesse sentido: AgRg no AREsp 286.390/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 30/05/2019, DJe 04/06/2019.

⁴¹ Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; III – alteração do controle societário; IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; VI – aumento de capital social; VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; X – constituição de sociedade de credores; XI – venda parcial dos bens; XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica; XIII – usufruto da empresa; XIV – administração compartilhada; XV – emissão de valores mobiliários; XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

delibera sobre o plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor, cuja instauração é obrigatória, como vimos, quando houver apresentação de objeção por qualquer credor ao plano judicial.

Eduardo Foz Mange (2012, p. 238) aborda sobre a importância da assembleia geral de credores:

A assembleia geral de credores é um órgão fundamental da recuperação judicial. Segundo Jairo Saddi, a assembleia geral de credores é órgão colegiado deliberativo máximo daqueles que possuem crédito junto à sociedade em recuperação judicial. (...) De fato, a assembleia geral de credores é o órgão mais importante da recuperação judicial, responsável pelas principais deliberações sobre a recuperação judicial.

Na assembleia geral, os credores poderão concordar, modificar ou rejeitar o plano de recuperação judicial. A lei atribui a esse órgão competência exclusiva para tais poderes (CAMIÑA, 2005).

A assembleia geral de credores não tem competência restrita a deliberação do plano judicial, o conclave pode ser designado para exercer um controle externo da empresa⁴², pois embora o ingresso da recuperação não afaste os dirigentes da empresa, compete aos credores fiscalizar e até mesmo gerir, na hipótese de afastamento dos dirigentes da empresa (TOLEDO e PUGLIESI, 2016).

Caberá ao juiz conceder a recuperação judicial no caso de aprovação do plano judicial pela maioria dos credores presentes na assembleia geral de credores.

Para aprovação do plano, seja ele original ou modificado, é necessária a votação da maioria dos credores presentes, no caso dos credores trabalhistas e dos credores que se enquadram em microempresa e empresa de pequeno porte os votos são computados por cabeça, no tocante aos credores reais e quirografários o voto é acolhido pelo valor do crédito e por credor.

⁴² A LREF, no art. 35, prevê de forma exemplificativa a competência da AGE: a) aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor; b) a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição; c) o pedido de desistência do devedor, nos termos do § 4º do art. 52 desta Lei; d) o nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor; e) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores.

A lei previu uma possibilidade de aprovação do plano em quórum menor, o que foi denominado na doutrina como *cram down*, na tradução literal é “empurrar goela abaixo”, nesse caso poderá o juiz conceder a recuperação judicial mesmo o quórum não atingido a maioria dos credores. Trata-se de uma flexibilização da lei para permitir ao juiz verificar a possibilidade de conceder a recuperação judicial à empresa.

Os credores que deliberam o plano judicial são os que estão submetidos à recuperação judicial, conforme prevista na lei são todos os credores com créditos existentes, tanto vencidos quanto vincendos⁴³, na data do pedido da recuperação judicial, com exceção do credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio.

Para fins de direito a voto na assembleia geral de credores, os credores devem estar listados na recuperação judicial pelo Administrador Judicial, ou na ausência dessa lista, se utiliza a relação de credores apresentada pela devedora. No entanto, ainda que o credor não esteja listado, poderá obter uma liminar para fins de participação na assembleia geral de credores (MANGE, 2012).

A aprovação do plano pelos credores participantes da assembleia geral, em regra, implica na sua homologação pelo Poder Judiciário. Por sua vez, a rejeição do plano de recuperação judicial ocasiona a decretação da falência da devedora.

Sobre a decretação da falência como consequência da reprovação do plano judicial, Fábio Ulhoa Coelho (2014) tece severas críticas, pois entende que tais implicações coagem os credores a aprovarem o plano com receio de que a empresa falida será uma consequência mais desastrosa. Entende o autor que a real análise

⁴³ Serão considerados créditos extraconcursais “os créditos originários de negócios jurídicos realizados após a data em que foi deferido o pedido de processamento de recuperação judicial. (REsp 1.398.092-SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 6/5/2014).

de viabilidade da empresa ocorreria se a reprovação do plano não provocasse a falência. Ainda alerta que se a empresa realmente estiver em crise severa, a falência logo seria decretada em ação individual.

Essa análise também pode ser acolhida do ponto de vista da empresa, muitas vezes a demora para ingresso da recuperação judicial (fator importante para o desfecho da crise) se dá pelo receio da falência, acredita-se que se falência não fosse uma consequência da reprovação, a empresa ingressaria com mais celeridade no pedido, para evitar o agravamento da sua crise.

Ainda, a implicação da falência diante da reprovação do plano, que é aprovado pelos credores, implica na empresa ficar refém dos principais credores (aqueles que possuem maior valor), tendo que apresentar planos judiciais que serão aprovados por estes.

Assim, concorda-se que a recuperação judicial embora seja um ato confesso de crise, não deveria ser causa de falência na hipótese de reprovação do plano, os requisitos da falência (impontualidade e atos fraudulentos) já têm o condão de retirar a empresa do mercado, se está não conseguir superar a crise econômica financeira no livre mercado.

No caso de aprovação do plano, os créditos submetidos à recuperação judicial serão considerados novados⁴⁴. Manoel de Queiroz Pereira Calças (2015) denominado como novação recuperacional, pois não é idêntica a novação civil, porquanto essa somente afeta as obrigações da empresa, não atingindo os coobrigados, fiadores e avalistas, por força da lei. Ainda, é subordinada à condição resolutiva, haja vista que ela somente se concretiza quando do encerramento da recuperação judicial, o que ocorre, em regra, no período de 02 anos após a homologação do plano judicial. Se decretada a falência antes do encerramento, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas.

⁴⁴ Diante da novação o STJ determinou que “a homologação do plano de recuperação judicial autoriza a retirada do nome da recuperanda e dos seus respectivos sócios dos cadastros de inadimplentes, bem como a baixa de eventuais protestos existentes em nome destes” (REsp 1.260.301-DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 14/8/2012)

Embora não seja previsto na lei, a doutrina e jurisprudência permite o aditamento do plano judicial dentro do período de fiscalização⁴⁵, flexibilizando o prazo temporal que não permite a empresa pedir recuperação judicial pelo prazo de 05 anos.

Na hipótese de descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano, dentro do período de fiscalização, acarretará a convolação da recuperação judicial em falência. No cumprimento do plano, o juiz encerrará a recuperação judicial, após o prazo de fiscalização.

Após o encerramento da recuperação judicial, no caso de descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano de recuperação judicial, o credor poderá requerer a execução específica ou a falência.

2.3 Natureza jurídica da recuperação judicial

Em razão do procedimento adotado pela lei, a doutrina diverge sobre a natureza jurídica da recuperação judicial, uma parte entende que é de Direito Público, outra parte defende ser de Direito Privado⁴⁶.

Os doutrinadores que defendem que a natureza jurídica da recuperação judicial é de Direito Público⁴⁷, sustentam a posição em razão de se tratar de um procedimento processual.

⁴⁵ STJ já definiu a possibilidade de apresentação de novo plano e a submissão dos credores: Se, após o biênio de supervisão judicial e desde que ainda não tenha ocorrido o encerramento da recuperação judicial, houver aprovação de novo plano de recuperação judicial, o credor que discordar do novo acordo não tem direito a receber o seu crédito com base em plano anterior aprovado pelo mesmo órgão. (REsp 1.302.735-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 17/3/2016, DJe 5/4/2016).

⁴⁶ Ainda, Jorge Lobo defende que “a recuperação judicial da empresa é um instituto de Direito Econômico, pois não se pauta pela ideia de justiça, mas de eficácia técnica numa zona intermediária entre o Direito Privado e o Direito Público” (Natureza jurídica da recuperação judicial da empresa. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords). **10 anos de vigência da lei de recuperação e falência** - Lei n. 11.101/2005: retrospectiva geral contemplando a Lei n. 13.043/2014 e a Lei Complementar n. 147/2014. São Paulo: Saraiva, 2015)

⁴⁷ NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos**. Vol. 3. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 220 e ss.

Essa corrente entende que não cabe ao juiz ser mero chancelador da deliberação do plano pelos credores, compete ao juiz analisar diversas questões que envolvem o procedimento, por se tratar de ato complexo, cuja sentença tem natureza constitutiva e não meramente declaratória.

De outro lado, parte da doutrina sustenta que a recuperação judicial tem natureza jurídica de Direito Privado, visto que plano judicial apresentado pela empresa teria concepção de contrato entre o devedor e credor, por tratar de direito disponível, inclusive, implicar na novação do crédito.

Na opinião de Sergio Campinho (2018), a recuperação judicial deve ser vista sob natureza de um contrato judicial, “com feição novativa, realizável através de um plano de recuperação, obedecidas, por parte do devedor, determinadas condições de ordens objetiva e subjetiva para sua implementação”.

Na mesma linha, defende Lídia Valério Marzagão (2007, p. 100):

Assim, verifica-se que, a partir da vigência desta nova Lei, estaremos resgatando um sistema já adotado em nosso País no século passado, e não haverá mais dúvida quanto à natureza contratualista da recuperação judicial que, a princípio, obriga a participação efetiva de todos os credores representados em assembleia geral de credores, que terão o poder de aprovar ou não o plano de recuperação apresentado pelo devedor”.

Para os doutrinadores que defendem a natureza jurídica de contrato da recuperação judicial, a fundamentação que embasa tal assertiva está voltada para a característica principal da negocionalidade entre o credor e o devedor, principalmente no âmbito extrajudicial.

A propósito, Alberto Camiña Moreira (2005, p. 249) traz em sua lição o entendimento da doutrina norte-americana que “seria errado pensar o capítulo da recuperação como processo litigioso, como *adversarial process*. Planos propostos e adotados no processo de recuperação quase sempre têm sido produzidos *by negotiation, not by litigation.*”

Considerando a contratualidade do plano judicial, classificado como negócio jurídico privado bilateral, posto que celebrado pelo devedor que apresenta o plano e do outro lado pelos credores que podem aceitar expressamente a proposta ou de forma tácita, ou apresentar objeção ao plano, cabe ao juiz o princípio sancionatório (PENTEADO, 2007).

Sobre o tema, Adriana Valeria Pugliesi Gardino (2016) pontua que o plano judicial é um negócio jurídico processual, porquanto a LREF deu caráter negocial ao plano ao determinar que cabe aos credores aprovarem, modificarem ou reprovarem o plano apresentado.

O Superior Tribunal de Justiça coaduna com posição da natureza contratual da Recuperação Judicial, afirmando a soberania da assembleia geral de credores na aprovação do plano judicial⁴⁸:

No entanto, se é verdade que a intervenção judicial no quadrante mercadológico de uma empresa em crise visa tutelar interesses públicos relacionados à sua função social e à manutenção da fonte produtiva e dos postos de trabalho, não é menos certo que a recuperação judicial, com a aprovação do plano, desenvolve-se essencialmente por uma nova relação negocial estabelecida entre o devedor e os credores reunidos em assembleia. Realmente, existe previsão legal para o magistrado conceder, *manu militari*, a recuperação judicial contra decisão assemblear – *cram down* (art. 58, § 1º) –, mas não o inverso, porquanto isso geraria exatamente o fechamento da empresa, com a decretação da falência (art. 56, § 4º), solução que se posiciona exatamente na contramão do propósito declarado da lei.

Note-se que embora defenda-se a soberania da assembleia geral de credores, o Superior Tribunal de Justiça, por força do princípio da preservação da empresa, em recente julgado concedeu a recuperação judicial que tinha sido negada pelos credores, cujo quórum não atendeu a maioria dos credores e nem o *cram down*⁴⁹:

(...) manutenção de empresa ainda recuperável deve-se sobrepor aos interesses de um ou poucos credores divergentes, ainda mais quando sem amparo de fundamento plausível, deixando a realidade

⁴⁸ Resp. 1.319.311-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 9/9/2014.

⁴⁹ REsp 1337989/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 04/06/2018.

se limitar à fria análise de um quórum alternativo, com critério complexo de funcionamento, em detrimento da efetiva possibilidade de recuperação da empresa e, pior, com prejuízos aos demais credores favoráveis ao plano.

Como se vê, o Poder Judiciário aplica a recuperação judicial muito mais com base na sua questão principiológica, isto é, princípio da preservação da empresa, do que nas regras previstas na lei, principalmente aquelas que estão voltadas aos credores.

Quando o credor aprova o plano há soberania na deliberação, quando o plano não é aprovado, deve ser verificado se há abuso no voto dos credores, o que permitiria a flexibilização do quórum para aprovação do plano.

Nesse sentido, Rodrigues Penteadó (2007, p. 85) posiciona que embora a existência de negociabilidade entre credor e devedor, a recuperação judicial possui princípios superiores que devem ser observados:

No caso específico, o atual estágio do direito obrigacional empresarial, aliado ao fato de que a deliberação da assembleia-geral é adotada não só em prol do interesse da comunhão ou coletividade dos credores, mas tendo em vista a função social da atividade negocial do devedor e dos demais princípios superiores estabelecidos no art. 47, parece retirar substância dos argumentos articulados pelos opositores da teoria contratualista.

Assim, tem-se que a natureza jurídica da recuperação judicial seja considerada, pela maioria da doutrina, como de direito privado para fins de classificação, em razão da negocialidade do plano, tal fato não afasta que o interesse público e sua intervenção quando houver a violação dos princípios norteadores do sistema.

Como ensina Maria Helena Diz (1989), a classificação entre direito público e direito privado é necessário para fins da ciência do direito e para o ponto de vista didático, mas não deve ser considerado uma separação absoluta, uma vez que esses se intercomunicam frequentemente.

A recuperação judicial é um claro exemplo da dificuldade de classificação, há claro interesse público e privado envolvido, o procedimento não se limita aos interesses do devedor e credor, cujo dualismo pendular, como ensina Daniel Costa Carnio (2015), é superado para prestigiar a recuperação da atividade empresarial em função dos benefícios sociais relevantes que dela resultam.

2.4 O papel do juiz na recuperação judicial

Conforme assevera Renata Mota Maciel Dezem (2017), a função da recuperação judicial gravita na preservação da empresa, sem afastar a satisfação dos credores que se submetem ao procedimento. Ainda, não se limitando apenas na figura da empresa e do credor, nesse ponto é inserindo os denominados *stakeholders*⁵⁰, que se relacionam com a empresa, direta ou indiretamente, interna ou externamente, bem como na função ordem econômica voltada na eficiência dos acordos entre o devedor e credor e seus efeitos no ativo e na administração da empresa.

Na aplicação do instituto deve observar as suas funções. Nesse passo, cabe o juiz buscar as funções da recuperação judicial quando na análise de um caso concreto, porém, não compete ao juiz a reestruturação da empresa, seu papel é aplicar o procedimento legal previsto para permitir a reorganização da empresa em crise.

Destaca-se que, a recuperação judicial não deve buscar a manutenção da empresa de forma absoluta, entende-se que esta deve manter a sua atividade gerando os efeitos da função social, bem como efetuar o pagamento dos credores

⁵⁰ Ivanildo Figueredo (2018) traz um rol de sujeitos que pode ser considerados stakeholders: a) os empregados, em todos os níveis: gerenciais, de supervisão, e trabalhadores; b) os sindicatos profissionais e as associações empresariais; c) os clientes e consumidores; d) os fornecedores de matérias primas, insumos e produtos; e) os fornecedores de hardware, software e serviços de tecnologia; f) os distribuidores, franqueadores e representantes comerciais; g) os bancos, demais credores, debenturistas, financiadores e agentes fiduciários; h) os consultores, contadores e auditores; i) os advogados, notários, registradores e prestadores de serviços jurídicos; j) os prestadores de serviços técnicos, científicos, educacionais e demais terceirizados; k) as agências de publicidade e os veículos de propagandas; l) empresas concorrentes; m) a própria comunidade na qual a empresa está inserida.

submetidos, na impossibilidade de atingir uma dessas funções, constata-se que a empresa não é viável.

Assim, com base na concepção da função da recuperação judicial o juiz deve ponderar e não permitir que uma situação seja desarmoniosa com as funções da empresa, analisadas de forma em conjunto.

Aqui faz necessária uma ressalva, a ideia de que preservação da empresa deve ser privilegiada não se contradiz com a função do pagamento aos credores, como já informado, não cabe preservar uma empresa que não seja viável, se a empresa não consegue pagar os credores nos termos do plano judicial que foi apresentado, denota-se que esta não possui capacidade para soerguimento, e o sacrifício dos credores não pode ser absoluto.

Sobre os aspectos estruturais, quais sejam o procedimento e efeitos previstos em lei, cabe o juiz aplicá-los buscando a melhor interpretação que vise atingir a função da recuperação judicial.

Muito de discute na jurisprudência e doutrina, sob os limites da atuação do juiz na análise do plano judicial e competência universal do juiz da recuperação judicial.

No tocante à atuação do juiz, no que se refere ao controle de legalidade do plano, não há discussões que cabe ao Poder Judiciário a verificação da formalidade do procedimento, como análise da convocação da assembleia, quórum de instalação e de deliberação.

Na verdade, independente da natureza judicial da recuperação judicial (seja privada ou pública), não se afasta o controle de legalidade do juiz⁵¹.

⁵¹ Nesse sentido, é o enunciado 44, da I Jornada de Direito Empresarial, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: "A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle de legalidade".

Alberto Caminã Moreira (2005, p. 254) anota que “o juiz não examina o conteúdo do plano aceito; assim como não examina os conteúdos dos acordos que ele homologa frequentemente no processo”. O doutrinador apenas faz exceção quando o plano é teratológico, ou seja, viola normas de ordem pública ou bons costumes, porém, alerta ser difícil ocorrer tais situações, visto que assembleia geral de credores a discussão é obrigacional, cuja margem seria baixa para incidência de teratologias.

No mesmo sentido, pontuam Roberto Ayoub e Cássio Cavalli (2017, p. 254) no sentido de:

(...) o juiz deverá controlar a legalidade da assembleia. Vale dizer, o juiz deverá controlar a regularidade do procedimento de deliberação assemblear, verificando a regularidade do exercício do direito de voto pelos credores, bem como depurar do plano aprovado as cláusulas que não observem os limites legais.

O Superior Tribunal de Justiça⁵² já declarou que a assembleia geral de credores é soberana, mas cabe ao juiz a verificação dos atos jurídicos em geral:

A assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial.

Com base no entendimento do controle da legalidade formal de Poder Judiciário, devendo a análise das cláusulas do plano se dá para fins de apurar se não há violação aos limites legais, entende-se que análise econômica do plano de recuperação judicial não deve ser realizada pelo Poder Judiciário, haja vista que tais condições cabem exclusivamente aos credores⁵³.

Consolidou o Superior Tribunal de Justiça⁵⁴ o entendimento de afastar a análise da viabilidade econômica do plano pelo Poder Judiciário:

⁵²REsp: 1314209 SP 2012/0053130-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 22/05/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/06/2012.

⁵³ Nessa esteira, foi aprovado o enunciado 46 da I Jornada de Direito Empresarial, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores.”

⁵⁴REsp 1.359.311/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, unânime, DJe de 30.9.2014

Cumpridas as exigências legais, o juiz deve conceder a recuperação judicial do devedor cujo plano tenha sido aprovado em assembleia (art. 58, caput, da Lei n. 11.101/2005), não lhe sendo dado se imiscuir no aspecto da viabilidade econômica da empresa, uma vez que tal questão é de exclusiva apreciação assemblear

Insta destacar que o fato de o Poder Judiciário não ter competência para analisar a viabilidade econômica do plano aprovado, visto se tratar de matéria exclusiva de interesse do credor, o controle de legalidade do plano não é afastado⁵⁵.

Cabe ao juiz analisar as cláusulas do plano judicial e verificar se há violação de norma cogente. Em muitos casos, os juízes afastam cláusulas previstas que são contrárias a norma legal. Como exemplo, podemos citar o precedente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que declara nula a cláusula que possibilita a purgação da mora do devedor, visto que afronta o art. 73, inciso IV, da Lei nº 11.01/2205, que dispõe que o não cumprimento do plano acarreta a convocação da recuperação judicial em falência.⁵⁶

Na mesma linha, há inúmeros julgados afastando a cláusula que estende a novação aos coobrigados, avalistas e fiadores, afirmando se tratar violação da ordem legal, assim, por se tratar de um direito disponível, apenas aplica a referida cláusula aos credores que expressamente concordaram com esta, portanto, esta não teria validade aos credores dissidentes e silentes⁵⁷.

Note-se, que o Superior Tribunal de Justiça, em entendimento contrário ao precedente citado acima, determinou, por força da soberania da assemblear, que a cláusula de liberação dos coobrigados tivesse eficácia para todos os credores

⁵⁵“Absolutamente possível que o Poder Judiciário, sem imiscuir-se na análise da viabilidade econômica da empresa em crise, promova controle de legalidade do plano de recuperação judicial que, em si, em nada contemporiza a soberania da assembleia geral de credores” (REsp 1.532.943/MT, DJe 10/10/2016).

⁵⁶“Cláusula que prevê a possibilidade de purgação da mora, sem ônus, no caso de descumprimento de pagamento de parcela prevista no plano que vai de encontro à norma de ordem pública. Art. 73, IV, da Lei n.º 11.101/05. Anulação de cláusula específica, que não afeta a totalidade do plano, pelo princípio da conservação do negócio jurídico” (TJSP AI n. 2109760-25.2015.8.26.0000, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 24.2.2016).

⁵⁷ O Tribunal do Estado de São Paulo sumulou tal posição: Súmula 61: Na recuperação judicial, a supressão da garantia ou sua substituição somente será admitida mediante aprovação expressa do titular.

submetidos à recuperação judicial, não compreendendo se tratar de violação a norma legal⁵⁸

Em outro passo, parte da doutrina entende que ao juiz não cabe se limitar apenas a legalidade formal do procedimento e verificação de existência de cláusulas que violem expressamente a lei, mas compete ao juiz analisar a existência de prejuízos e abusos das partes envolvidas.

Nesse sentido, Sheila Christina Nader Cerezetti (2012, p. 360) esclarece:

Correto está declarar que a decisão mais relevante da recuperação judicial foi transferida aos credores. Contudo, não se pode deixar de notar que isso não significa que o Estado-juiz deva apenas conferir a legalidade da deliberação com base nos quóruns obtidos, cabendo a ele avaliar abusos e prejuízos às partes envolvidas.

Com base no abuso de direito, a jurisprudência evoluiu⁵⁹ e passou a afastar cláusulas que embora não violem expressamente a norma legal, entende-se que viola os princípios da lealdade, confiança, boa-fé e razoabilidade.

O caso Gyotoku⁶⁰ é conhecido como percussor da evolução da jurisprudência no tocante a análise do plano pelo Poder Judiciário, julgado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de relatoria do Desembargador Manoel Queiroz de Pereira Calças, no qual foi anulado o plano aprovado pelos credores visto que continha, entre outro vícios, remissão da dívida e benefício de credores da mesma classe.

Em outro julgamento⁶¹, o Desembargador Manoel Queiroz de Pereira Calças asseverou que “a assembleia de credores somente é reputada soberana para a aprovação do plano se este não violar os princípios gerais de direito, os princípios e regras da Constituição Federal e as regras de ordem pública da Lei nº 11.101/05”.

⁵⁸REsp 1700487/MT, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 26/04/2019

⁵⁹ As jurisprudências iniciais eram claras no sentido da soberania da assembleia geral de credores quanto as condições de pagamento proposto no plano. Posteriormente, a jurisprudência foi se alterando no sentido de analisar se as condições previstas no plano eram abusivas.

⁶⁰ Agravo de Instrumento nº 0136462-29.2011.8.26.0000. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 16 jun. 2019.

⁶¹ Agravo de Instrumento nº 0289223-97.2011.8.26.0000. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 16 jun. 2019.

Nessa esteira, o juiz passou a analisar as cláusulas sobre o pagamento do plano, com o fundamento que tal análise não implica na viabilidade econômica do plano, mas se tais condições podem caracterizar fraude ou abuso de direito.

Para o Superior Tribunal de Justiça a concessão de prazos e descontos para pagamento dos créditos novados insere-se dentre as tratativas negociais passíveis de deliberação pelo devedor e pelos credores, de modo que para afastamento da condição aprovada é necessário demonstrar a ilegalidade frente as normas cogentes da LFRE, ressalta que sobre o pagamento deve apenas respeitar o disposto no art. 54 da LFRE quanto aos créditos trabalhistas⁶²

Com efeito, as posições da jurisprudência se amoldam a LFRE, no sentido de preservar o caráter negocial do plano judicial, todavia, permite anular cláusulas que ferem normas cogentes e beneficiem credores do mesmo grupo (aqui considerando as subclasses de credores). Por outro lado, as condições de pagamento previsto no plano competem somente aos credores sua análise e deliberação.

Ainda, também se verifica a análise do abuso de direito pelo Poder Judiciário nos votos dos credores, embora a lei tenha disciplinado a figura do *cram dow*, que consiste na possibilidade da aprovação do plano judicial, ainda que não aprovado em todas as classes de credores, tal situação pode implicar na violação dos interesses coletivos em prol e de interesse egoístico de um determinado credor.⁶³

⁶² O Superior Tribunal de Justiça determinou, no REsp 1631762/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 25/06/2018, que o juiz não intervesse nas condições de pagamento, visto que o plano de recuperação judicial está baseado em tratativas negociais.

⁶³AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DO PLANO DE RECUPERAÇÃO REJEITADO EM ASSEMBLEIA DE CREDITORES. ABUSO DE DIREITO. Princípio da preservação da empresa (art. 47 da Lei n. 11.101/05). Controle judicial nas deliberações dos credores em assembleia. Admissibilidade. Abuso do direito. Ocorrência. Oposição do agravante ao plano de recuperação. Ausência de justificativa para a afirmação de que a agravada não detém capacidade produtiva para superar a crise econômica. Necessidade de assegurar certo intervalo de tempo para reorganização da atividade com a finalidade de alavancar negócios para o pagamento de suas dívidas. Hipótese de prestigiar a maioria quantitativa dos credores quirografários em detrimento da qualitativa(...) (TJ-SP 21592885720178260000 SP 2159288-57.2017.8.26.0000, Relator: HamidBdine, Data de Julgamento: 13/12/2017, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 15/12/2017).

Destarte, Eduardo Munhoz (2007, p. 292) entende que:

No sistema da recuperação, em vez de construir-se a disciplina da matéria a partir do instituto do voto abusivo, desenvolveu-se o instituto do cramdown, concebido justamente para permitir que o juiz possa interferir, superando o veto ao plano imposto por uma classe de credores, sempre que tal rejeição contrarie o interesse público na recuperação da empresa; em outras palavras, sempre que esse veto expresse uma posição individualista, incompatível com a proteção dos demais interesses em jogo. Os critérios definidos pela lei em relação ao cramdown refletem exatamente essa preocupação e devem ser considerados melhores ou piores em função de quão alinhados se posicionam com relação à função pública da recuperação judicial. No caso da lei brasileira, como se viu, no entanto, os critérios foram pobremente definidos, permitindo, de um lado, excessivas violações ao princípio da absolutepriority e, por outro, podendo levar à prevalência de posições puramente egoísticas assumidas por uma determinada classe, em detrimento do interesse da sociedade.

Sidnei Agostinho Beneti (2005) assevera que o juiz não poderia ficar adstrito apenas nas questões formais. Pelo princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, o Poder Judiciário deve julgar situações de abuso de direito, afastando objeções com “motivos absolutamente aberrantes, evidentemente infundados, de mero capricho, ou por abuso de poder interno na Assembleia”.

Interessante trazer a posição de Eduardo Secchi Munhoz (2007, p. 184) que traz a questão do falso dilema entre as correntes doutrinárias sobre o tema, de fato não cabe ao juiz o mero papel de homologador, mas também não se pode ignorar a deliberação assemblear, necessário impor limites a intervenção do juiz:

Se ao juiz não deve caber o papel de simples homologação formal dos acordos entabulados entre devedor e coletividade de credores, também não lhe deve ser reconhecido o poder de substituir-se, de forma ampla e desvinculada das regras procedimentais da lei, à vontade manifestada pela assembleia geral de credores. A primeira solução poderia conduzir a resultados indesejados, porque pautados apenas pelos interesses egoísticos e individualistas dos credores, ao passo que a segunda desvirtuaria completamente o sistema, tornando irrelevante o papel da assembleia de credores.

O limite na atuação do juiz sobre a análise do plano ainda não se encontra pacificado, principalmente pelo fato de ser difícil definir critérios específicos quando estamos diante de diversas situações que podem ser postas para apreciação.

Outro ponto importante é a competência universal do juiz da recuperação judicial. Como já exposto, cabe ao juiz na apreciação das inúmeras questões que envolvem a empresa em crise buscar o objetivo da recuperação judicial, desse modo, diversos juízes apreciando ações que envolvam a empresa, cujas decisões refletem diretamente no seu patrimônio não se mostra eficiente.

A competência universal do juízo da recuperação judicial já é tema pacificado na jurisprudência⁶⁴, a qual já definiu a competência deste no que se refere a expropriação dos bens da empresa, nos créditos extraconcursais, consumidores e de natureza trabalhista⁶⁵.

Atualmente, encontra-se afetado no Superior Tribunal de Justiça a discussão sobre a possibilidade de contrições de bens da empresa em recuperação judicial em sede de execução fiscal, porém, no que se refere a competência o entendimento é que prevalece o do juízo da recuperação judicial⁶⁶.

A esse respeito, Renata Mota Maciel Dezem (2017, p. 198) ensina a importância da competência universal do juiz da recuperação judicial:

A importância do reconhecimento da universalidade do juízo surge da constatação de que as ações de cobrança individuais não são apenas caóticas e dispendiosas no contexto do inadimplemento geral, mas produzem, necessariamente, resultados imprevisíveis. A

⁶⁴ "Incumbe ao Juízo em que se processa a recuperação judicial analisar a melhor forma de pagamento do crédito extraconcursal, deliberar sobre os atos expropriatórios, sopesar a essencialidade dos bens de propriedade da empresa passíveis de constrição, bem como a solidez do fluxo de caixa da empresa em recuperação." (AgInt no AREsp 1384309/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/07/2019, DJe 06/08/2019)

⁶⁵Justiça do Trabalho: AgInt nos EDcl no CC 160.280/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 30/04/2019, DJe 06/05/2019; Essencialidade do bem: AgInt nos EDcl no CC 119.387/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/03/2019, DJe 03/04/2019; Crédito extraconcursal: AgInt no CC 161.418/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 19/03/2019, DJe 21/03/2019; Consumidor: REsp 1598130/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 14/03/2017; Exceção: A ação de despejo movida pelo proprietário locador em face de sociedade empresária em recuperação judicial não se submete à competência do Juízo recuperacional" (CC 148.803/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/04/2017, DJe02/05/2017).

⁶⁶(...) 2. O deferimento do processamento da recuperação judicial não tem, por si só, o condão de suspender as execuções fiscais, na dicção do art. 6º, § 7º, da Lei n. 11.101/2005, porém a pretensão constritiva direcionada ao patrimônio da empresa em recuperação judicial deve, sim, ser submetida à análise do juízo da recuperação judicial. (AgInt no CC 163.700/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/06/2019, DJe 01/07/2019).

submissão de todos os credores ao processo concursal, obviamente considerando as exceções legais, permite que se sigam padrões gerais, o que estimula o investimento e reduz o custo de transição.

A autora esclarece que o juiz da recuperação judicial possui competência universal, mas não a característica da indivisibilidade, que compreende a *vis attractiva* das ações judiciais. No caso, o juiz da recuperação não atrai todas as ações para si, como ocorre na falência. Porém, entende pela flexibilização dessa característica quando envolvam bens, negócios ou interesses da empresa em crise que possuem conexão material com a recuperação judicial.

O juiz da recuperação judicial tem como papel conduzir o procedimento visando medidas que permita alcançar a função da recuperação judicial, como bem aduz Nelson Eizirik (2011, p. 640), a análise da lei deve ser sistemática e sua aplicação deve compreender o seu contexto funcional, ou seja, “a função que desempenha frente às relações sociais e econômicas que disciplina”.

2.5 Da efetividade da recuperação judicial: a empresa em crise e a necessidade de um procedimento que viabilize o seu soerguimento econômico financeiro

Sabe-se que a preservação da empresa é o principal objetivo da recuperação judicial em prol do interesse coletivo, cuja falência apenas seria a última hipótese.

Nesse ponto, merece destaque que a falência tem como objetivo eliminar a empresa econômica e financeiramente arruinada do mercado para fins de proteção do crédito e assegurar a igualdade dos credores (REQUIÃO, 1995).

Como alerta Trajano de Miranda Valverde (1955), o crédito é o principal elemento de propulsão da circulação de riqueza, razão pela qual deve ser protegido pelo Estado, sob pena deste ficar restrito em razão de falta de confiança.

Nesse caso, não cabe buscar a preservação da empresa para sociedades que são tecnicamente inviáveis, não se pode tentar preservar a empresa a qualquer custo (COELHO, 2016), tal situação apenas abala o mercado e não traz

consequências positivas, causando sérios danos a outras empresas e a sociedade como um todo.

Portanto, a falência também visa o interesse coletivo, protegendo o mercado e os credores, de modo que os interesses privados e públicos estão estritamente relacionados (VALVERDE, 1955).

Sob esse prisma, Paulo Penalva Santos (1999, p. 31) afirma que:

Nada poderia ser mais nocivo ao interesse público do que a preservação e manutenção das empresas ineficientes, visto que nem mesmo os interesses dos trabalhadores devem prevalecer em detrimento dos interesses dos demais contribuintes que pagam subvenções, e do conjunto da sociedade que sofre com o desenvolvimento daquela atividade empresarial.

A empresa pode estar em crise financeira, econômica ou patrimonial (COELHO, 2014) que pode ser ocasionado por inúmeros motivos externos ou internos⁶⁷ que implicará em problemas de fluxo caixa, perda de crédito, redução da produção, diminuição de clientes, aumento do passivo, etc., cujos efeitos a médio e longo prazo poderão inviabilizar a empresa (MENEZES, 2012).

Nessa visão, a empresa quando em crise deve buscar meios para o seu soerguimento, por sua vez cabe ao Estado, diante da importância da empresa, possibilitar um procedimento capaz de viabilizar a empresa em crise quando esta for economicamente viável.

No tocante a viabilidade da empresa tal ponto merece destaque sob a ótica econômica. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes (2012, p. 136), explica que a doutrina econômica entende que uma empresa pode ser considerada viável, quando:

A doutrina econômica defende em geral que os empresários que conseguem gerar fluxo de caixa positivo e, assim, apresentam perspectivas de pagamento de suas obrigações no futuro, têm, por conseguinte, condições concretas de recuperação. Por outro lado, a

⁶⁷ Os autores Rodrigo Tellechea, João Pedro Scalzilli e Luis Felipe Spinelli dão exemplos de crise externas e internas que merecem destaque: Fatores internos: (...)

mesma doutrina defende que os empresários com fluxo de caixa negativo, mas cujo negócio demonstra viabilidade econômica, devem dispor de alternativas que permitam a continuidade da empresa, preservando o valor do seu tangível e intangível sob gestão mais eficiente. Já as empresas com o valor presente negativo, que se mostre inviáveis independentemente da competência profissional do empresário ou do seu gestor (na hipótese de sociedades empresárias), não teriam razão econômica para continuar funcionando, sendo seu encerramento a forma mais adequada para depurar o sistema econômico.

Segundo Pontes de Miranda (1892/1979), a crise da empresa deve ser considerada em um primeiro momento passageira e remediável, devendo buscar a solução da crise, mesmo que se agrave, enquanto o agravamento desta não se tornar sem contornabilidade possível.

No tocante à crise, imperioso ressaltar as lições de Fábio Konder Comparato (1969) sobre inadimplemento, insolvência e insolvabilidade. O autor afirma que inadimplemento, não necessariamente implica em insolvência, pode o devedor não efetuar o pagamento da dívida, pois “tem sérias razões jurídicas para fazê-lo”.

Noutra banda, a insolvência surge quando há inadimplemento qualificado, isto é, quando a falta de razão de direito para não efetuar o pagamento da dívida líquida, certa e exigível, o quer permitir a falência, frente a cessão do pagamento e impontualidade do devedor. Nessa linha, é o entendimento do autor (1969, p. 47):

Devedor insolvente é aquele que, sem escusa jurídica, deixa de solver as suas obrigações. Ele não as solve, seja porque não quer, seja porque não pode. A origem da insolvência é, numa certa medida, irrelevante para o Direito: ela não obsta, em qualquer hipótese, à abertura do processo de execução coletiva.

Ainda, temos a insolvabilidade do devedor, que condiz com a “inaptidão econômica para adimplir” (COMPARATO, 1969, p. 49), isto é, o devedor não paga a dívida porque não pode. Tal situação é verificada diante da falta de insolvência de ativo no patrimônio do devedor ou falta de meios líquidos para prestar a obrigação.

O estado de insolvabilidade da empresa é inerente a crise econômico-financeira, assim, a viabilidade da empresa reflete na possibilidade de a empresa superar o seu estado de crise.

Nesse ponto, alerta Eduardo Gourlart Pimenta (2006), a primeira análise de viabilidade da empresa é realizada pelo próprio empresário quando este ingressa com o pedido de recuperação judicial. Pressupõe-se que empresário ao requerer a recuperação judicial acredita que a empresa é a sua melhor opção de ganho, ou seja, de obtenção de lucro, caso contrário, não demandaria esforços para manutenção da atividade, já que no viés do empresário, o incentivo da atividade empresária é a obtenção de ganho.

Por sua vez, diante da empresa se tratar de uma organização dinâmica de relação, a outros interessados envolvidos, o que faz a sua recuperação ser uma cooperação de interesses.

Aqui, temos os interesses dos credores, trabalhadores, Estado, fornecedores e investidores. Uma empresa não consegue manter a sua atividade sem que seja possível exercer a sua atividade, e para que sua atividade possa ser concretizada geralmente é necessário cooperação de outros fatores como: capital, matéria prima, mão de obra e tecnologia.

Portanto, a empresa precisa que os demais interessados que compõe os fatores necessários para exercer a atividade estejam de acordo com a sua recuperação, de forma diversa, dificilmente a empresa conseguirá se manter sem colaboração.

No tocante ao procedimento legal, pedido de recuperação judicial é analisado pelos credores, os quais analisam a viabilidade da empresa e deliberam pela aprovação do plano judicial. Muitos autores⁶⁸, trazem as ideias da teoria dos

⁶⁸ Nesse sentido, trazemos as lições de Oksandro Osdival Gonçalves e Felipe de Poli de Siqueira (2014, p. 19): “Então, na perspectiva da deliberação do plano de recuperação da empresa em crise, há o envolvimento de dois ou mais agentes (jogo) que, obrigatoriamente, coloca todos os grupos de interesses a ela vinculados (jogadores) para decidirem pela aprovação ou rejeição do plano (estratégias). A escolha de aderir ou não ao plano é uma estratégia que será adotada pelos credores em razão das informações e dos benefícios que vislumbrarem, fatores estes que dão subsídios a uma decisão racional.” Na mesma linha, Marlon Tomazette (2014, p. 49): “O jogo é a situação de crise econômico-financeira de uma empresa viável, no qual há diversos grupos de interesse. Esses diversos grupos, como empregados, os fornecedores e outros, são os jogadores, que terão a possibilidade de apoiar ou não o plano de recuperação judicial (estratégia). Os ganhos esperados

jogos e jogos cooperativos, como forma do credor analisar a viabilidade da empresa, cuja deliberação do plano é uma estratégia adotada⁶⁹.

Nessa linha, destaca-se o entendimento de Mario Engler Pinto Junior (2006) que a recuperação judicial deve ser deferida pelos credores quando esta se apresentar como uma melhor solução do que a falência, trata-se de aplicação do conceito de BATNA (*best alternative to a negotiated agreement*).

Esse é um ponto de vista com base na análise econômica do direito, que objetiva a busca de melhor locação de riqueza, não observando, necessariamente, a real viabilidade da empresa.

Em outro viés, se o credor optar pela falência, diante do fato de existir ativo que possam satisfazer a dívida, tal situação deve ser afastada em razão do conflito de interesse particular com o interesse social da empresa.

Nesse caso, a inviabilidade da empresa deve estar voltada no entendimento de não ser possível, ou não ser factível, a execução do plano judicial cuja finalidade deve ser a manutenção da empresa, os postos de trabalho e pagamento dos credores, e não, necessariamente, a viabilidade deve estar vinculado ao faturamento e ativo existente da empresa.

Desta feita, que se a crise não for mais contornável, ou seja, não ser mais possível manutenção da atividade da empresa, posto de emprego, pagamento dos credores, cuja avaliação, entende Carlos Abraão (1997) que deveria ser procedida

para cada estratégia são os proveitos que cada grupo terá com a recuperação, no caso de apoio ao plano ou, com a falência, no caso de rejeição”.

⁶⁹ O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a utilização da teoria dos jogos na recuperação judicial: (...) 3. Outrossim, por meio da "Teoria dos Jogos", percebe-se uma interação estratégica entre o devedor e os credores, capaz de pressupor um consenso mínimo de ambos a respeito dos termos delineados no plano de recuperação judicial. Essas negociações demonstram o abandono de um olhar individualizado de cada crédito e um apego maior à interação coletiva e organizada. 4. Discute-se, na espécie, sobre a modificação do plano originalmente proposto, após o biênio de supervisão judicial - constante do artigo 61 da Lei de Falências -, sem que houvesse o encerramento da recuperação judicial da empresa recuperanda. Ainda que transcorrido o prazo de até 2 anos de supervisão judicial, não houve, como ato subsequente, o encerramento da recuperação, e, por isso, os efeitos da recuperação judicial ainda perduram, mantendo assim a vinculação de todos os credores à deliberação da Assembleia (REsp 1302735/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 05/04/2016).

por meio de perícia judicial, contudo, a LREF passou tal análise para os credores, restará irremediável sua liquidação, devendo o procedimento primar pela rapidez da liquidação dos ativos.

A LREF foi regulada justamente para tentar criar mecanismos que permitem a empresa superar a crise econômica da empresa viável, por meio da recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, ou proceder com a liquidação da empresa inviável, pela decretação da falência.

Nesse passo, para que a empresa possa se recuperar da crise se faz necessário a existência de um procedimento eficaz que suspenda ou minimize os problemas que a crise gerou.

A lei tem que ser eficaz no seu objetivo para conseguir a superação da crise, que reflète no mercado como um todo e repercute nos interesses dos trabalhadores, fornecedores, consumidores, Estado e até mesmo na concorrência. Por sua vez, como destaca Adriana Valeria Pugliesi Gardino (2012, p. 13), a LREF não torna nenhuma empresa por si capaz, “apenas cria condições e mecanismos para que, em um ambiente de negociação, a devedora possa superar o estado de crise econômico-financeira em que se encontra”.

Nessa perspectiva, a recuperação judicial deve buscar resultados econômicos eficientes, que no caso seria obter soluções previsíveis, céleres e transparentes a fim de manter a empresa e diminuir seu prejuízo econômico geral e particular (LISBOA, 2005).

A questão que se indaga: a LREF trouxe mecanismos eficazes para a recuperação da empresa? Tal pergunta não pode ser respondida analisando apenas o procedimento legal, há diversos fatores que influenciarão no resultado. Não há uma fórmula única capaz de superar todas as crises.

O objetivo da norma concursal que visa superar a crise econômica é trazer mecanismos gerais que possam estancar os efeitos da crise e proporcionar a reestruturação da empresa, cada crise é peculiar e o seu resultado vai depender crucialmente dos meios escolhidos para buscar a solução e do momento em que se

buscou o procedimento judicial, além dos fatores externos (crises econômicas do mercado, crises políticas, etc.), que são inerentes ao risco da atividade empresarial.

Eduardo Lemos (2012) alerta que para uma boa recuperação judicial, a empresa depende muito mais da sua reestruturação financeira, mudança organizacional, boa governança corporativa, buscar a melhoria de qualidade, tempo e custo, do que dos frutos de tramites processuais.

Nessa senda, a lei não é a única fonte para o soerguimento da empresa, mas tem um papel crucial para que ela seja efetivada.

Compete à lei criar normas gerais que influenciarão na elaboração e consecução do plano de recuperação, as referidas regras devam estar voltadas aos créditos, prazos, ativos, financiamento. Os meios de como superar o estado de crise compete ao empresário e aos interessados, com base na peculiaridade da empresa.

Ademais, como exposto, a empresa é uma relação dinâmica que envolve diversas relações, portanto, para que o soerguimento da empresa seja atingido certamente será necessária a cooperação entre os envolvidos, a lei deve ser vista com um dos mecanismos que viabilizam a reestruturação em conjunto com todos os demais fatores que são igualmente essenciais para possibilitar a recuperação da empresa.

Nesse passo, as normas gerais da lei são de suma importância para efetivação da crise, caso a lei ou o seu aplicador não consigam efetivá-la, dificilmente a empresa viável conseguirá superar a crise, ainda que diversos fatores externos sejam favoráveis ao seu soerguimento.

Porém, sobre a aplicação da lei, é de suma importância que esta esteja pautada na segurança jurídica nas decisões que são proferidas no âmbito da recuperação judicial, a qual deve sempre ser buscada pelo juiz. A instabilidade das decisões é negativa para qualquer procedimento, principalmente na recuperação judicial que deve estar pautada na previsibilidade para permitir a solução da crise da empresa, tanto os credores quanto o mercado, devem confiar no procedimento e

nas decisões prolatadas, sob pena de tornar a recuperação judicial um sistema que ao invés de permitir a superação da crise, implique em afastar o crédito à empresa.

Como asseverou o Senador Ramez Tebet no relatório da lei, as regras da recuperação afetam diversos interesses (trabalhadores, os fornecedores, os financiadores, os investidores e os clientes das empresas) e influência sobre a avaliação de riscos e sobre o conjunto das transações que regem o processo econômico.

À vista da necessidade de segurança do crédito, assevera Frederico Augusto Monte Simionato (2008, p. 201):

(...) não existe comércio sem segurança jurídica e crédito. O crédito, por seu turno, requer a segurança no seu recebimento. Por isso, quanto mais tormentoso for o processo de recuperação de crédito, mais este se torna oneroso e de difícil alcance para o empresário. Sem crédito não existe comércio. Sem crédito não existe recuperação judicial. O que decorre de tudo isto é que se o empresário que apresentou o pedido de recuperação ficar sem possibilidade de obtenção de crédito seria mais oportuno que este sujeito apresentasse o requerimento de falência própria, e não de recuperação.

Para eficiência e segurança jurídica na aplicação da lei, Manoel de Queiroz Pereira Calças e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques (2018) alertam sobre a necessidade de o Poder Judiciário se aprimorar com especializações das varas judiciais, isto é, criação de varas especializadas para demanda vinculada ao direito empresarial.

Como afirmam os autores (2018, p. 228), a especialização dos juízes permite “celeridade, eficiência e segurança jurídica”, o que “reduz o custo dos negócios, fomentando novos investimentos”, permitindo que o juiz possa apreciar uma questão, mesmo complexa, de forma rápida e com qualidade, em razão da sua experiência⁷⁰.

⁷⁰No Estado de São Paulo, existem três varas especializadas de falência e recuperações judiciais na Capital. No ano de 2019, foi instaurado Varas Empresariais Regionais da 1ª RAJ – Grande São Paulo, cuja competência abrange recuperação judicial e falência. Ainda, não há vara especializadas para as demais localizações. Na segunda instância, existem duas câmaras especializada de direito empresarial que atrai a competência para analisar as matérias de falência e recuperações judiciais.

A jurisprudência, como ressalta Manoel Justino Bezerra Filho (2015), é preponderante a doutrina e até mesmo a lei, já que esta pode “consertar” lei ruim ou, inverso, criar lei boa, para “consertar” jurisprudência ruim. De qualquer modo, denota-se o papel do Poder Judiciário na aplicação da lei, no caso da LREF, é essencial para garantir segurança jurídica já que são a partir dessas decisões que a empresa e os stakeholders nortearão seus atos.

Verifica-se que a obtenção de sucesso no soerguimento da empresa depende de vários aspectos, aqueles que competem ao Estado está voltado na elaboração da lei e sua aplicação.

No artigo publicado por Marcelo Guedes Nunes, José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro e Manoel de Queiroz Pereira Calças apontam a importância da especialização das varas “São Paulo passou a ser a única jurisdição no Brasil com especialização vertical da Justiça Empresarial, incluindo primeira e segunda instâncias, numa estrutura à altura da relevância econômica da cidade e do estado. Além de atender a uma antiga demanda do Banco Mundial e outras entidades multilaterais, que melhorará a posição do Brasil nos rankings internacionais de negócios, a especialização trará ganhos em três vetores fundamentais para reduzir o custo operacional do empresário paulista: maior rapidez nos julgamentos, melhor qualidade técnica das decisões e maior previsibilidade.” Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-13/opiniao-varas-empresariais-tj-sp-sao-avanco-brasil>. Acesso em: 20 jan. 2020.

3 ANÁLISE DOS ASPECTOS ESTRUTURAIS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

3.1 Falhas dos aspectos estruturais da recuperação judicial que podem inviabilizar a preservação da empresa

De acordo com o exposto, a LREF foi estruturada com objetivo de preservação da empresa com participação ativa dos credores, buscando a cooperação entre a empresa e os credores.

Neste ponto, a LREF alcança a sua proposta, não há como preservar a empresa sem a participação dos credores, já que estes têm o papel de analisar a viabilidade econômica financeira da empresa e deliberar para aprovação do seu plano de reestruturação.

De outro lado, com a transparência e segurança, os credores possuem maior capacidade e confiança de permitir a reestruturação da empresa, deliberando sua manutenção no mercado, para que busque meios de gerar valores para cumprir com as suas obrigações anteriores à recuperação judicial e manter sua atividade empresarial ativa.

Todavia, em que pese os objetivos estejam bem delineados na LREF, seu procedimento e aplicação podem gerar efeitos diversos do pretendido, ao passo que a LREF possui pontos que mesmo com o alinhamento entre credores e empresa, podem dificultar o soerguimento da empresa.

Os pontos falhos da LREF, ao nosso ver, são: a ausência de previsão legal para credor requerer a recuperação judicial da empresa; requisitos vinculados ao sócio para fins de ingressar com o pedido de recuperação judicial; aplicar o instituto somente as sociedades empresárias e empresários; a exclusão de créditos do procedimento da recuperação judicial, tanto créditos com particulares, como crédito tributário, que, muitas vezes, representam valores significativos à empresa e sua não observação no procedimento afasta a possibilidade de real soerguimento; ausência de condições que incentivem a contratação com empresas em

recuperação judicial e obtenção de crédito; e necessidade de melhor estruturação para o plano especial voltados às micro e pequenas empresas.

3.1.1 Legitimidade para requerer o pedido de recuperação judicial

A LREF apenas admite que o devedor ingresse com o pedido de recuperação judicial ou o cônjuge sobrevivente, herdeiros, inventariante e sócio remanescente, nesse sentido, extrai-se do art. 48 da lei.

Conforme se denota, a LREF, com exceção do cônjuge sobrevivente, herdeiros, inventariante e sócio remanescente, não regulou que outras partes interessadas na empresa possam pedir a recuperação judicial da empresa, como por exemplo, os credores da empresa.

A lei compete à deliberação para ingresso do pedido de recuperação judicial na sociedade limitada aos sócios no quórum de mais da metade do capital social, podendo, no caso de urgência, os administradores ingressarem com o pedido com autorização de titulares de mais da metade do capital social⁷¹. Na sociedade anônima, compete privativamente à assembleia geral, autorizar os administradores pedir recuperação judicial, permite-se, ainda, em caso de urgência, o administrador formular o pedido de recuperação judicial com posterior convocação da assembleia⁷².

No tocante à legitimidade exclusiva da sociedade ou empresário, como alertam Sheila Cerezetti (2012), Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli (2017), deve ser considerada falha da LREF a não regulação da possibilidade de o credor requerer a recuperação judicial, já que a própria lei reconhece que os credores são uma das partes mais interessados na situação econômico-financeiro da empresa, vez que estes são os mais afetados.

⁷¹ Interpretação do art. 1.071 do Código Civil que não prevê expressamente recuperação judicial, mas a concordata.

⁷² Interpretação do art. 122, IX e parágrafo único da Lei nº 6.404/76, que não prevê expressamente recuperação judicial, mas a concordata.

A LREF permite ao credor pedir a falência da empresa quando sem relevante razão de direito, a empresa não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência; a empresa por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal; ou pratique qualquer ato falimentar previsto na LREF (art. 94 da LREF), cuja finalidade é proteger o crédito público, porém, não permite ao credor o pleito da recuperação judicial da empresa, cuja finalidade seria a preservação da empresa.

Ao regular que somente a empresa ou empresário requeira o pedido de recuperação judicial, tal situação pode acarretar, muitas vezes, no agravamento da crise econômica do devedor, vez que seus dirigentes podem prorrogar seu pedido na busca de outras soluções para a crise, muitas vezes onerando bens essenciais para sua atividade a fim de obter novos créditos, ou, até mesmo, sujeitando-se a alta taxas no mercado para obter valores para pagar suas despesas.

Não se deve autorizar que a recuperação judicial requerida pelo credor ocorra com o mesmo procedimento que se fosse pleiteada pela empresa, mas deveria a LREF estabelecer a possibilidade de o credor requerer a intimação da empresa para que esta possa optar pela recuperação judicial, devendo a empresa ser intimada a se manifestar sobre a necessidade, ou não, do procedimento para soerguimento da sua crise.

Segundo a LREF, no caso de falência apresentada pelo credor, a empresa pode optar dentro do prazo da contestação, ingressar com o pedido de recuperação judicial (art. 95 da LREF).

Por seu turno, entende-se que atenderia a preservação da empresa permitir ao credor que ingressasse com pedido de recuperação judicial da empresa, e somente no caso de a empresa não concordar com o pedido de recuperação judicial ou não estar presentes os requisitos para tal procedimento, seria o caso de ingressar com a falência, se existentes as hipóteses previstas na lei.

Nesse caso, a empresa sendo acionada pelo Poder Judiciário para apresentar suas justificativas sobre seu estado econômico-financeiro, implicaria na maior transparência ao mercado sobre a situação da empresa.

Noutra banda, permite a empresa ponderar se a recuperação judicial, de fato, não seria a melhor alternativa para pagamento dos seus credores e reestruturação da empresa.

Não se olvida que pode haver abusos pelos credores, assim, deve a LREF criar requisitos para o credor ingressar com o pedido de recuperação judicial, como por exemplo, vinculando a atos de endividamento da empresa e inadimplemento do devedor.

A legitimidade do credor em intimar a empresa para requerer recuperação judicial não pode implicar na recuperação judicial compulsória, deve caber a empresa a decisão de prosseguir com o pedido, já que caberá a ela cumprir com as obrigações decorrentes da recuperação judicial.

Ainda, a legitimidade do credor para pedido de recuperação judicial não se confunde com o credor poder condicionar o plano judicial à empresa, vez que tal situação certamente implicaria no fim do instituto, com assevera Marcelo Sacramone (2019)⁷³.

A legitimidade proposta tem como objetivo intimação da empresa em situação de endividamento pelo Poder Judiciário, a pedido do credor, como meio de possibilitar que a empresa analise a recuperação judicial como alternativa para soerguimento da crise econômica.

⁷³ Destaca o autor que “Nesse cenário provável, com o risco de afastamento da condução de sua própria empresa e a possibilidade de confisco dos seus ativos pelos próprios credores à sua revelia e sem que haja absolutamente qualquer parâmetro que obrigue o empresário devedor a requerer as medidas de reestruturação ou a elas se sujeitar, o comportamento esperado do empresário devedor será o de mitigar seu risco e maximizar sua utilidade. Mesmo em crise econômico-financeira, o empresário devedor simplesmente optará por não ingressar com o pedido de recuperação”. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/311643/o-fim-da-recuperacao-judicial>. Acesso em: 20 jan. 2020.

3.1.2 Requisitos vinculados aos sócios e a necessidade de ser sociedade empresária e empresário para ingresso da recuperação judicial

O art. 48 da LREF determina que, no momento do pedido, o devedor deve exercer regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que, cumulativamente, não seja falido e, se já foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; não tenha, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; não tenha, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial da micro e pequena empresa previsto na LREF; e não tenha sido condenado ou não tenha, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos na LREF.

Denota-se que a LREF adotou com um dos critérios para ingresso da recuperação judicial requisitos vinculados aos sócios e administradores, no caso, estes não terem sido condenados por quaisquer crimes falimentares.

Conforme exposto, a empresa não deve ser confundida com o seu sócio e administrador, portanto, a previsão de impedimento de ingresso da recuperação judicial em razão da pessoa do sócio é contrária ao princípio da preservação da empresa.

A propósito, Jorge Lobo (2005) afirma que tal requisito é uma contradição teratológica e valorativa, isto porque, se reconhecer que a empresa é viável deve ser permitido a sua recuperação, já que este é o objetivo da lei - preservar a empresa - porém, se dá mais peso a eventual condenação do sócio e administrador do que função social da empresa, ou seja, dá mais valor a punição do crime praticado que todo o interesse coletivo que rodeia a empresa.

Nessa linha, tal requisito conflita com o objetivo da lei que é preservar a empresa que é um centro de atividades e interesses autônomos e independente do seu sócio e administradores (LOBO, 2005).

Ademais, a LREF adotada a teoria da empresa acolhida no Código Civil (TOLEDO, 2012), entendendo que apenas a sociedade empresária e o empresário podem ser submetidos à recuperação judicial.

A LREF não observou a evolução do direito empresarial no sentido de entender a empresa como atividade econômica, isto é, ente organizado, cuja atividade implique na circulação de bens e serviços com criação de riquezas, como ocorre, por exemplo, com as sociedades profissionais, que são reguladas pela sociedade simples, e atividade rural sem registro na Junta Comercial e cooperativas, que é considerada por lei sociedade não empresária.

A esse respeito, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Adriana V. Pugliesi (2016) afirmam que a LREF adotou um critério subjetivo, considerando a velha dicotomia ainda adotada na Itália, para sujeição do procedimento, não observando a tendência mundial que adota a existência de atividade econômica de exploração de bens e serviços para fins de aplicar a lei concursal.

Emanuelle Maffioletti (2010, p. 213), em sua tese de doutorado, defende a aplicação da LREF para as cooperativas, com um dos fundamentos voltados na problemática do tratamento dado pela legislação “devedores com iguais funções sociais na organização econômica do país”. Neste contexto, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que não cabe a aplicação da falência às cooperativas, por força de lei⁷⁴.

⁷⁴ AgRg noREsp 999.134/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 21/09/2009; REsp 1202225/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/09/2010, DJe 06/10/2010

O juiz da foi deferido o processamento da recuperação judicial da Unimed Petrópolis Cooperativa de Trabalho Médico, o juiz considerou que a cooperativa se enquadra no “critério de empresariabilidade” e a “natureza econômica” que são vetores identitários de sua atividade conformam “carta de alforria” à aplicação das regras que seguramente norteiam o instituto da “recuperação judicial”, na forma e extensão concebidas pela Lei 11101/05”, processo nº 0022156-21.2018.8.19.0042, a discussão está sendo analisada via recurso no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, processos 0061109-83.2018.8.19.0000, 0062324-94.2018.8.19.0000, 0063277-58.2018.8.19.0000 que deferiu o efeito suspensivo impedindo o prosseguimento até o julgamento do recurso.

Portanto, a LREF falha ao manter o instituto da recuperação judicial vinculado a teoria da empresa, pois, embora tal teoria tenha sido relevante para fins de superar os atos de comércio, no que se refere ao objetivo de preservar a empresa diante dos seus efeitos sociais e econômicos, deve ser estendida aos demais agentes econômicos.

Outrossim, quanto as sociedades mistas e empresa pública, que exercem atividade empresarial, também há críticas na sua exclusão da recuperação judicial, não sob o enfoque da preservação da empresa, mas pelo tratamento diferenciado com as demais empresas que são submetidas ao procedimento da LREF. Na visão de Newton de Lucca e Renata Mota Maciel Dezem (2015) somente a empresa pública que presta serviço público deveria ser excluída da LREF.

Por outro lado, destaca-se que se entende correto, na mesma lição de Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Adriana V. Pugliesi (2016), a exclusão que LREF fez quanto às instituições financeiras, cooperativas de crédito, sociedade operadora de plano de saúde e sociedades de capitalização, já que devem, em razão da sua atividade e interesse público, serem disciplinadas em lei especial.

3.1.3 Créditos não submetidos

Conforme já exposto, o artigo 49 da LREF prevê que submetem aos efeitos da recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido da recuperação judicial.

Em outras palavras, a LREF determina que todos os créditos vencidos ou vincendos sejam submetidos ao procedimento da recuperação judicial, mesmo que ilíquidos, no caso, serão esses os credores que deliberarão o plano judicial apresentado, bem como o seu crédito poderá, como meio de recuperação judicial, ter suas condições alteradas, diante da novação recuperacional.

A definição do crédito sujeitos aos efeitos da recuperação judicial se dá pelo fato gerador da situação que originou a obrigação, seja contratual (data da formação do contrato), extracontratual (data do evento)⁷⁵.

A definição dos créditos submetidos à recuperação judicial é de suma importância visto que dá segurança na composição dos credores que deliberaram as questões necessárias para o desenvolvimento da recuperação judicial.

Ainda, possibilita a empresa, com base na sua situação econômico-financeiro atual, prever um plano de reestruturação inserindo os créditos existentes no plano judicial para fins de concessão de prazos, alteração de condições de pagamento e descontos.

Embora não seja usual na prática, necessariamente o plano judicial não tem que prever alteração das condições de pagamento, a LREF prevê que as obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos. A alteração de condições e valores constituem um dos meios de recuperação judicial que a lei apresenta de forma exemplificativa, ou seja, a depender da reestruturação da empresa, pode ser que não haja necessidade de alterar os valores e condições de pagamento com os credores.

Frisa-se que a alteração das condições de pagamento e concessão de prazo não se confundem com a suspensão da cobrança pelo prazo do *stay period*, este ocorrer de forma automática, por força de lei, após expirado o seu prazo, em regra, os créditos retomam a sua cobrança dentro do pactuado.

⁷⁵ Nessa linha: Tratando-se de crédito derivado de fato ocorrido em momento anterior àquele em que requerida a recuperação judicial, deve ser reconhecida sua sujeição ao plano de soerguimento da sociedade devedora. (AgInt no AREsp 1526314/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/11/2019, DJe 20/11/2019). Ainda; Na hipótese, tratando-se de crédito derivado de atividade laboral prestada em momento anterior àquele em que requerida a recuperação judicial, deve proceder-se à sua inscrição no quadro geral de credores. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (REsp 1721993/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 16/05/2019)

Ademais, o credor que não tiver o valor ou as condições originais de pagamento de seu crédito alterados pelo plano judicial, não terá direito a voto e não será considerado para fins de verificação de quórum de deliberação para o plano de recuperação judicial.

Nesse caso, a redação do art. 45, § 3º, da LREF deve ser analisado sob a ótica que no plano contenha alterações de concessão de prazos, alteração de condições de pagamento ou descontos dos créditos, pois, ainda que incomum, na hipótese de um plano que não preveja como meio de recuperação a alterações das condições pactuadas do crédito, por exemplo, apenas disponha sobre venda de ativos, por meio de criação de unidades produtivas isoladas ou venda de filiais, os credores apenas terão a legitimidade de apresentar objeção ao plano para apreciação do juiz (LOBO, 2005).

Todavia, usualmente, os planos judiciais preveem alteração de pagamento dos créditos, vez que o passivo da empresa, que consistem nas suas obrigações de natureza trabalhistas, comercial, civil, consumidor, tributária, bancário, etc., são o que geram os efeitos da crise financeira, ou seja, dificuldade de adimplir os pagamentos dentro do vencimento e nas condições pactuadas, por seu turno, sofrendo com execuções, bloqueios de contas, acarretando problemas com fluxo de caixa e faturamento.

Dessa maneira, os créditos que se submetem ao plano de recuperação judicial fazem toda a diferença para uma real possibilidade de reestruturação da empresa, já que estes serão objeto do plano judicial, no qual a empresa deverá prever as condições que possuem para pagar seus credores com objetivo de manter sua atividade e soerguimento.

A exclusão de créditos do procedimento pode facilmente impedir a reestruturação financeira da empresa, principalmente, a depender de cada caso específico.

Para Ivo Waisberg (2015), a exclusão de créditos da recuperação judicial afronta diretamente a efetividade da recuperação judicial, afirmando que:

Ao deixar uma gama enorme de credores fora do sistema de votação, a lei criou dois desvios que afetam frontalmente a efetividade do sistema: (i) ao contrário de todo o espírito da lei de fazer surgir a vontade razoável da maioria, a regra dá ensejo a todo sorte de comportamento individual contrário a solução equilibrada; e (ii) do ponto de vista econômico, a lei impede, por meio do plano de recuperação, que se possam controlar efetivamente os fluxos e que se ligue a capacidade de geração de caixa ao modo de pagamento.

Destarte, a LREF, no seu artigo 49, § 3º, exclui dos efeitos da recuperação judicial o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio.

Outrossim, também resta excluído dos efeitos da recuperação judicial o adiantamento do contrato de câmbio (art. 49, §4º da LREF) e as obrigações contratadas nas câmaras de compensação e de liquidação (artigos 193 e 194 da LREF).

Em todos os casos, destaca-se que durante o prazo do *stay period*, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial ficarão suspensos, como meio de permitir que a empresa mantenha o uso de tais bens para sua reestruturação.

Na hipótese dos bens vinculados as operações excluídas da recuperação judicial não serem essenciais para a manutenção da empresa, poderá o credor reaver o bem, na hipótese de inadimplemento.

A exclusão dos créditos previsto no § 3º, do art. 49 da LREF, tem como justificativa a preservação do direito de propriedade, o que é louvável, no tocante aos contratos de compra e venda que se estabeleceu a obrigação de transferir a propriedade mediante pagamento do preço, não sendo crível que o vendedor não transfira a propriedade do bem após receber o valor do seu preço.

O contrato de compra e venda com cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade tem força de impedir o arrependimento pelas Partes, dessa maneira, ainda, que a empresa tenha vendido um bem em razão da crise não pode desistir e ainda inserir no plano judicial o valor que passaria a dever a parte que teria comprado o bem.

Assim, embora o contrato de compra a venda não transfira a propriedade, ele tem o condão de obrigar a transferir o bem, em relação ao bem móvel pela tradição, em relação ao bem imóvel pelo registro competente.

Ainda, também se entende acertado excluir dos efeitos da recuperação judicial o arrendamento mercantil, já que a empresa somente possui a posse do bem, visto que o arrendamento mercantil é um contrato pelo qual “a empresa cede em locação a outrem um bem móvel ou imóvel mediante pagamento de determinado preço” (RIZZARDO, 2015).

Nesse caso, o bem não é da empresa, a propriedade do bem é do arrendatário, o qual firmou contrato típico com a empresa para regular a sua posse, não sendo cabível a determinação do bem permanecer com a empresa devedora se está não dar continuidade ao contrato de arrendamento.

Todavia, no tocante ao crédito vencido vinculado ao contrato de arrendamento, na hipótese de existir parcelas pendentes de pagamento, ao nosso ver, tal montante deveria ser submetido à recuperação judicial, como na hipótese dos contratos de locação firmado, cujos créditos anteriores se submetem aos efeitos da recuperação judicial, não podendo o proprietário requerer a desocupação do bem por débito submetidos ao procedimento, contudo, o não pagamento dos créditos a vencer são considerados extraconcursais, e a recuperação judicial não pode implicar na empresa ficar na posse de bem sem efetuar a contrapartida após recuperação judicial⁷⁶.

⁷⁶ Nessa linha: TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI 2043646-02.2018, Rel. Des. Azuma Nishi, j. 23.05.2018; TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI 2044673-54.2017, Rel. Des. Cesar Ciampolini, j. 13/9/2017.

Desse modo, já haveria proteção da propriedade do bem, porquanto o arrendante poderia se apropriar do bem na hipótese de a empresa arrendatária não adimplir as demais parcelas do contrato, por seu turno, a submissão do crédito já vencido permitiria que a empresa pudesse equacionar o seu passivo, de modo a ajudar na reestruturação de empresa.

Importante notar que, muitas vezes, o objeto do arrendamento foi contratado em especial para o arrendador (exemplo: maquinários) e a manutenção do contrato também é importante para o arrendante.

A proteção ao crédito já vencido do contrato de arrendamento não se trata de uma proteção ao credor da propriedade, pois, como visto, a proteção já ocorreria se a previsão fosse aplicada da mesma maneira que nos contratos de locação, na realidade, se trata de um tratamento privilegiado, o que torna uma falha na LREF.

Ainda, na mesma assertiva de proteger a propriedade, a alienação fiduciária foi excluída dos efeitos da recuperação judicial, bem como as operações denominadas adiantamento a contrato de câmbio. Aqui, entende-se ser uma das falhas da LREF.

A alienação fiduciária embora tenha na sua natureza a transferência da propriedade, no caso, constituem em favor do credor uma propriedade resolúvel, com o desdobramento da posse, nada mais é que uma garantia para as operações entabuladas que pode ter como objeto bens que já estavam no patrimônio do devedor, podendo ser móvel ou imóvel, não se trata de uma operação de compra e venda.

Há que se destacar que a alienação fiduciária é constituída para garantir uma operação de crédito firmado entre a empresa e um terceiro (pessoa física ou pessoa jurídica), muito utilizado nas operações bancárias, sua exclusão não tem o condão de realmente preservar a propriedade, pois não foi esta o objeto da operação. Muitas vezes, ocorre que se entrega um bem para garantia de um empréstimo em valores maiores que o bem, ou menores.

Se ao menos tivesse realizada apenas a distinção de exclusão do efeitos da recuperação judicial, a alienação fiduciária para fins de obtenção do próprio bem, no caso, financiamento imobiliário, seria algo que teria uma lógica em proteger o mercado, mas garantir a alienação fiduciária irrestritamente, atingindo, inclusive, a cessão fiduciária de créditos, é apenas beneficiar tais credores, sem que exista nenhuma contrapartida, com exceção dos juros mais baixos, que é a segunda justificativa de manter esse tipo de garantia excluída da recuperação judicial.

Todavia, os juros mais baixos neste tipo operação frente a ideia de preservação da empresa, deve ser analisado pela sociedade, e não apenas por uma forte pressão das instituições financeiras para não permitir que este tipo de garantia seja submetido à recuperação judicial.

Sobre a perspectiva dos juros baixos e redução do custo do crédito, em que pese seja uma assertiva que possui uma lógica sistêmica (garantia reduz juros, adimplemento/recuperação do crédito reduz o *spread* bancário), conforme defende Eduardo Secchi Munhoz (2009, p. 40) ao afirmar “a eficiência da alienação fiduciária como instrumento de recuperação de crédito apresentou (e apresenta) claros reflexos quanto ao volume e custo do crédito disponível”.

Por outro lado, as aplicações da lei e seus desdobramentos em busca da preservação da empresa, por muito tempo, causou decisões judiciais que fossem contrárias a determinação da lei, ou criaram exceções frente a bens essenciais, ao ponto que a intenção da redução do custo do crédito não se concretizou.

Os juros além de estar vinculado a garantia, também está na segurança jurídica, e sabe-se que a preservação da empresa é uma diretriz da ordem jurídica, de modo que em determinados casos concretos, muitas vezes, o judiciário analisou de forma diversa, criando o risco que aumenta naturalmente o custo do crédito.

Dessa maneira, o *spread* bancário do Brasil, ultrapassados mais de 15 anos da vigência da lei, não reduziu⁷⁷, o que corrobora com o enfraquecimento da justificativa e a necessidade de a preservação da empresa ser privilegiada.

A ideia de um colapso do mercado financeiro de juros altos e pouco crédito na hipótese de ser incluído alienações fiduciárias é tão alarmante quando a redução do custo do crédito com a LREF.

Não se olvida que se a garantia ser submetida a recuperação judicial poderia implicar no aumento do risco, mas não se pode ignorar que o procedimento tem como objetivo o pagamento do credor, não se trata de inadimplemento absoluto, ainda, no caso de falência, deve ser mantido o privilégio do credor que possui tal garantia.

A exclusão dessa operação permitirá que as instituições financeiras, ou outras pessoas jurídicas e físicas que pretendam dar linha de crédito à empresa, realize a devida análise de risco e agravamento do endividamento da empresa, o que pode até mesmo acarretar na empresa ingressar com pedido de recuperação judicial, como ocorre na prática.

Ademais, não diferente da previsão legal quando a garantia real (hipoteca) que exige o credor aprovar a eventual alienação do bem, no caso poderia ser inserido a proibição de alienação de tal bem na recuperação judicial ou outra medida que desse mais segurança para os credores com esse tipo de garantia, mas não os excluïrem. Ainda, prever privilégio na falência na sua classificação de pagamento dos créditos advindos do bem objeto da garantia, permitindo a venda direta pelo credor fiduciário imediatamente como forma de acelerar a venda do ativo.

⁷⁷ Evolução do *spread* bancário no Brasil. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/Documents/publicacoes/serie_pmf/FAQ%2001-Juros%20e%20Spread%20Banc%C3%A1rio.pdf.: e https://www.bcb.gov.br/content/publicacoes/relatorioeconomiabancaria/reb_2018.pdf. Acesso em: 02 de dezembro de 2019.

O que se deve mudar é a visão distorcida do instituto pelos operadores do direito que defendem a manutenção da exclusão de tais créditos na recuperação judicial, no caso, a possibilidade de maior eficiência do procedimento da recuperação judicial teria uma melhor probabilidade de reduzir o custo do crédito, e se não for viável, uma falência eficaz é um meio de recuperação de crédito.

No tocante ao aditamento de câmbio, a discussão gravita sobre a natureza jurídica deste contrato, que não possui uma posição unitária, a majoritária é que se trata de um contrato de compra e venda de moeda estrangeira⁷⁸, no mesmo sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁷⁹, por sua vez, parte da doutrina defende que se trata de mútuo⁸⁰.

Nesse passo, a justificativa que leva a sua exclusão dos efeitos da recuperação judicial se dá com base na natureza de compra e venda, o que implica na necessidade de proteção do negócio entabulado, pois o credor já teria recebido o bem adquirido (moeda) e, portanto, deve cumprir o contrato.

A despeito das características deste contrato que influênciam na discussão da sua classificação, é nítido que se trata de disponibilização de moeda (no sentido lato sensu de dinheiro), cuja contrapartida é pagamento em moeda (no sentido lato sensu de dinheiro).

Não há real proteção à propriedade, ainda que seja considerado um contrato de compra e venda, a proteção é apenas ao crédito, o que privilegia o credor desta operação⁸¹.

⁷⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Contrato de câmbio. **Revista dos Tribunais**, n. 575. São Paulo: RT, setembro de 1983, p. 33; OLIVEIRA, Angelina Mariz de. Adiantamento do contrato de câmbio (ACC) e tributação. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo: Editora Dialética, nov. 2006, p. 11.

⁷⁹ AgInt no REsp 1258939/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/03/2017

⁸⁰ VERÇOSA. Haroldo Malheiros Duclerc. O contrato de Câmbio. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abr./jun. 1981. v. 42, p. 24.

⁸¹ STJ no REsp 1810447/SP, de Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/11/2019 afirmou o entendimento de que “autorizam tão somente a exclusão do montante principal adiantado pela instituição financeira à recuperanda (devidamente atualizado). Assim, deve ser incluído na recuperação judicial “os encargos eventualmente incidentes sobre o montante adiantado ao exportador pela instituição financeira (do que são exemplos os juros moratórios e a variação cambial”.

Manoel Justino Bezerra Filho (2019, p. 181), sobre o adiantamento de câmbio, observa que “esta disposição foi o ponto que mais diretamente contribuiu para que a Lei deixasse de ser conhecida como 'lei de recuperação de empresas' e passasse a ser conhecida como 'lei de recuperação de crédito bancário', ou 'crédito financeiro’”, concluindo que “será um sério óbice à possibilidade de se conseguir uma efetiva recuperação”

Assim, entende-se que dá forma prevista na LREF a exclusão da alienação fiduciária e aditamento de contrato de câmbio dos efeitos à recuperação judicial contraria a preservação da empresa e seus efeitos à sociedade, devendo tal ponto ser levado em consideração quando da alteração da lei.

3.1.4 Créditos Tributários

Consoante se extrai da LREF, a lei não prevê solução para o pagamento dos créditos de natureza tributária, apenas determina, no seu art. 57, que após apresentação do plano de recuperação judicial aprovado ou passado o prazo da objeção do plano sem manifestação, a empresa deve apresentar as certidões negativas de débitos tributários.

Por seu turno, pela dicção do art. 58 da LREF, a homologação do plano deve ocorrer somente quando cumpridas as exigências previstas na lei, logo, vê-se que a LREF condicionou a recuperação judicial ao pagamento ou o parcelamento das dívidas com o Estado já que exige a apresentação das certidões negativas.

Sobre o parcelamento do débito tributário, a LREF apenas dispõe que as condições de parcelamento para empresa em recuperação judicial sejam deliberadas por legislação específica, determinando que as microempresas e empresas de pequeno porte farão jus a prazos 20% (vinte por cento) superiores àqueles regularmente concedidos às demais empresas.

Muitas vezes, para fins de aprovação de projeto de lei, não se regula no seu texto um determinado assunto divergente entre os poderes, decerto que a falta de

sua regulação permite a aprovação da lei, deixando que o ponto controverso seja objeto de discussão em momento posterior.

No entanto, a omissão da LREF na alternativa para os créditos tributários deve ser considerado uma falha na estrutura da lei, já que ao condicionar o pagamento não trouxe condições especiais para que fosse efetivado.

Ao nosso ver, a falha não se trata de condicionar a recuperação judicial ao pagamento do crédito tributário, ao contrário, um dos fatores que enseja a função social da empresa é a geração de tributos que são revestidos à sociedade. Ademais, não se pode privilegiar a empresa de não pagar tributos (exceto aquelas que possuem isenção) em detrimento de outra, ao passo, que isso poderia atingir até a esfera concorrencial.

Assim, cabe a empresa, como meio de viabilidade econômica, efetuar o pagamento do seu débito tributário. Porém, a lei deve prever uma condição especial para fins de viabilizar o soerguimento da empresa.

Em razão da falta de previsão de parcelamento especial para empresas em recuperação judicial, a jurisprudência⁸² pacificou o entendimento de que era dispensado a apresentação de certidão de negativa de débitos tributários. Tal situação, momentaneamente, se fez necessário para que as empresas pudessem prosseguir com a sua reestruturação, porém, não deu aos dirigentes da empresa obrigação de observar o crédito tributário, o que pode implicar em tornar tal crédito com menos importância.

⁸² STJ: Apesar da existência dessa previsão legal acerca da necessidade de apresentação de certidões negativas de débitos tributários para que seja concedida a recuperação judicial do devedor, a Corte Especial do STJ tem entendido que "o parcelamento tributário é direito da empresa em recuperação judicial que conduz a situação de regularidade fiscal, de modo que eventual descumprimento do que dispõe o art. 57 da LRF só pode ser atribuído, ao menos imediatamente e por ora, à ausência de legislação específica que discipline o parcelamento em sede de recuperação judicial, não constituindo ônus do contribuinte, enquanto se fizer inerte o legislador, a apresentação de certidões de regularidade fiscal para que lhe seja concedida a recuperação" (REsp 1.187.404/MT, DJe de 21/8/2013).

Por meio da Lei Federal nº 13.043/2014⁸³, foi regulado o parcelamento fiscal especial no âmbito federal para empresas em recuperação judicial, todavia, tal norma possui diversas críticas pelos aplicadores do direito⁸⁴.

Isto porque, a lei que regulou o parcelamento fiscal no âmbito federal dispõe que para a empresa aderir ao parcelamento deve renunciar todos os processos administrativos e judiciais, razão pela qual enseja o afastamento imediato do parcelamento na recuperação judicial diante da inconstitucionalidade da condição prevista na lei (HARADA, 2015).

Note-se que até a presente data não foi regulado parcelamento de débitos tributários estaduais ou municipais, o que gera a ausência de obrigação de parcelamento destes débitos para fins de procedimento da recuperação judicial.

Ainda, mesmo com o advento da Federal nº 13.043/2014 que regula tratamento específico de parcelamento dos débitos fiscais às sociedades em recuperação judicial, as Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, justificando sob o prisma do princípio da preservação da empresa, estão dispensando a apresentação das certidões negativas para fins de conceder a recuperação judicial⁸⁵.

A ausência do parcelamento ou a regulação que não observa o direito de defesa do contribuinte (no caso, a empresa), acarreta o seu afastamento pelo Poder

⁸³ Conforme julgado do STJ: Não se pode fazer retroagir os efeitos da Lei 13.043/14 para, ainda que por via indireta, invalidar a decisão concessiva do benefício recuperacional. Tal providência, dado o avançado estágio de desenvolvimento do processo de soerguimento da recorrida, representaria violação à segurança jurídica e ao mais basilar dos princípios estampados na própria Lei 11.101/05 - preservação da empresa -, que objetiva viabilizar a superação da crise econômico-financeira do devedor, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores. (REsp 1719894/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 22/11/2019).

⁸⁴ AZEVEDO, Luiz Augusto Roux. Recuperação judicial de empresas e falência: alguns aspectos tributários. In: ELIAS, Luis Vasco (coord.). **10 anos da lei de recuperação de empresa e falência: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015; HARADA, Kiyoshi. Os aspectos tributários e as questões controvertidas. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords). **10 anos de vigência da lei de recuperação e falência - (Lei n. 11.101/2005): retrospectiva geral contemplando a Lei n. 13.043/2014 e a Lei Complementar n. 147/2014**. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁸⁵ TJ-SP - AI: 22348455020178260000 SP 2234845-50.2017.8.26.0000, Relator: Araldo Telles, Data de Julgamento: 08/04/2019, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 11/04/2019.

Judiciário, inclusive uma conduta contrária do Estado cujo dever seria contribuir para a preservação dos agentes econômicos capazes e viáveis (CAMPINHO, 2018).

Sobre o tema, Sérgio Campinho (2018, p. 180) conclui que é “lamentável que nossa legislação não imponha ao Estado uma dose de sacrifício na recuperação, ficando ele incólume aos efeitos do Plano de Recuperação”.

Outra consequência da falta de previsão de regulação do crédito tributário é a continuação das execuções fiscais perante a empresa. Considerando que o crédito tributário não se submete aos efeitos da recuperação judicial, o deferimento não suspende as execuções fiscais, permitindo que a empresa em recuperação judicial continue sendo executada e ter seus bens penhorados em razão da dívida fiscal.

Frente a tal cenário, a continuidade das execuções fiscais, em muitos casos concretos, poderia impedir a recuperação da empresa, já que as penhoras podem atingir bens importantes para a manutenção da empresa (exemplo: bens imóveis, maquinários, dinheiro etc.).

Sob a ótica da empresa se reerguer e cumprir com o plano judicial, por outro lado, o Poder Público buscar a recuperação do crédito tributário, com fulcro na LREF, não se pode suspender a execução fiscal, já que a lei é clara pela não submissão dos seus efeitos ao procedimento, o que implica em inviabilizar a reestruturação da empresa.

Atualmente, encontra-se afetado no Superior Tribunal de Justiça a discussão sobre a “possibilidade da prática de atos constritivos, em face de empresa em recuperação judicial, em sede de execução fiscal”⁸⁶, cuja discussão versa sobre a possibilidade, ou não, praticar de forma automática todos os atos executórios em face da empresa.

⁸⁶ ProAfR no REsp 1712484/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 20/02/2018, DJe 27/02/2018 (Tema 987).

Embora a discussão das constringências, o Superior Tribunal de Justiça⁸⁷ já pacificou o entendimento de que compete ao juiz da recuperação judicial analisar a viabilidade da expropriação das penhoras deferidas em sede de execução fiscal, o que é uma solução da “trava fiscal” (JUSTINO, 2015).

Com base nesse entendimento, o juiz da recuperação judicial poderá impedir a penhora de bens essenciais para a manutenção da empresa e cumprimento do plano judicial.

O entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça coaduna com a preservação da empresa, mas não resolve a falha da LREF de não regular o crédito tributário, porquanto, este pode até mesmo tornar-se inexecutável já que, em muitos casos, todos os bens existentes da empresa são importantes para sua atividade.

Neste cenário, a LREF deve regular os créditos de natureza tributária permitindo, inclusive, sua negociação pelo Poder Público, sob pena de tornar inexecutável o crédito tributário ou impedir a reestruturação da empresa.

Recentemente, foi editada a Medida Provisória nº 899, de 16 de outubro de 2019, que dispõe sobre a transação do crédito tributário no âmbito federal, prevendo concessão de descontos, prazo e forma de parcelamento para empresas, inclusive, em recuperação judicial.

A medida provisória permite que a União possa transacionar o crédito tributário, dentro das condições previstas, o que pode ser considerado um avanço na matéria tributária em sede de recuperação judicial.

Todavia, entende-se que, não se deve ser convertido em lei, o disposto na medida provisória que autoriza a Fazenda Pública a requerer a convolação da recuperação judicial em falência ou a ajuizar ação de falência.

⁸⁷ AgInt no CC 149.827/RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, DJe 29/09/2017. Mantido o entendimento mesmo após o advento da Lei nº 13.043/2014: AgInt no CC 157.061/PE, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 15/10/2019, DJe 21/10/2019.

Isto porque, conforme ensinamento de Marcus Elidius Michelli de Almeida (2018, p. 758), é incompatível o Estado requerer a falência da empresa com base no princípio da preservação, destacando que “não se pode ver a empresa apenas como arrecadadora de tributos, mas necessário verificar sua função social frente a toda sociedade”.

Com amparo no princípio da preservação da empresa, entende-se que a melhor consequência legal na hipótese de inadimplemento do pagamento tributário objeto da transação seja a perda das condições e descontos firmados, a continuidade das execuções fiscais e a possibilidade de expropriação dos bens.

Outrossim, a respeito dos créditos de natureza não tributária, que são os demais créditos devidos as Fazendas Públicas que não sejam relativos a tributos, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei e multas (art. 39 da Lei nº 4.320/1964), esses se submetem ao procedimento da recuperação judicial, de modo que devem ser inseridos no plano judicial⁸⁸.

3.1.5 Financiamento da empresa em crise

A recuperação judicial da empresa para que obtenha êxito não depende apenas de medidas impositivas da lei (exemplo submissão e novação do crédito), mas se faz necessário medidas incentivadas e benéficas.

O soerguimento financeiro e econômico de uma empresa decorre de diversos aspectos, desde o interno que está voltado na reestruturação da organização e decisões dos dirigentes, como o externo que seria a recepção do mercado frente a empresa e sua atividade.

Destaca-se o ensinamento de Paula A. Forgioni (2012, p. 82) que “um novo período de evolução do direito comercial, em que se supera a visão estática da

⁸⁸ Nesse sentido: AI 2047000-40.2015.8.26.0000, relatoria do Des. Ricardo Negrão, TJSP; AI 2207236-63.2015.8.26.0000, j. 10/12/2015, TJSP.

empresa para encará-la, também, em sua dinâmica”, ou seja, a empresa deve ser vista na sua atuação no mercado.

Bem por isso, pode se afirmar que não há empresa sem mercado, visto que para a existência da empresa se faz necessário que esta contrate com os agentes econômicos, o que a torna um feixe de relações.

O mercado engloba diversas categorias de agentes econômicos, como os consumidores, Estado, trabalhadores, consumidores fornecedores, financiadores, dificilmente, uma empresa conseguira manter as suas atividades caso um dos componentes do mercado não contratar com a empresa.

Dessa maneira, para que haja eficácia no instituto da recuperação judicial se faz essencial criar normas incentivadores para que o mercado continue a contratar com a empresa.

No caso, a LREF falha ao não criar normas de incentivos ao mercado no tocante aos agentes financiadores, isto é, aqueles que podem ejetar valores na empresa para fins de sua reestruturação, como bancos, fundo de investimentos entre outros e para os fornecedores no sentido de manterem seus negócios com a empresa em recuperação.

A LREF criou apenas três incentivos ao mercado, o primeiro está voltado na alienação do bem da empresa ser adquirido sem ônus e sucessão das dívidas vinculadas a unidade produtiva isolada prevista expressamente no plano judicial desde que adquiridas por leilão, proposta fechada e pregão (art. 60, parágrafo único e art. 142 da LREF), o segundo é que os créditos decorrentes de obrigações contraídas pela empresa durante a recuperação judicial⁸⁹, inclusive aqueles relativos

⁸⁹ Para o STJ, “nos termos dos arts. 67, caput, e 84, V, da Lei 11.101/2005, em caso de decretação de falência, serão considerados extraconcursais os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor entre a data em que se defere o processamento da recuperação judicial e a data da decretação da falência, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo. Isso porque a expressão "durante a recuperação judicial" gravada nos arts. 67, caput, e 84, V, da Lei 11.101/2005 abrange o período compreendido entre a data em que se defere o processamento da recuperação judicial e a decretação da falência. (REsp 1.399.853-SC, Rel. originária Min. Maria Isabel Gallotti, Rel. para acórdão Min. Antônio Carlos Ferreira, julgado em 10/2/2015, DJe 13/3/2015).

a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência (art. 67 e art. 84, V da LREF), o terceiro é que os créditos quirografários sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial terão privilégio geral de recebimento em caso de decretação de falência, no limite do valor dos bens ou serviços fornecidos durante o período da recuperação (art. 67, parágrafo único da LREF).

Em que pese a LREF tenha previsto a extraconcursariedade do crédito para os atos jurídicos praticados no decorrer da recuperação judicial e ausência de sucessão na aquisição de bens da empresa tal regramento não é o suficiente para dar segurança jurídica no mercado e de sorte incentivar o financiamento da empresa em recuperação judicial.

Observa Renato Azevedo Dântes dos Reis (2015), em estudo realizado nos Estados Unidos, a respeito do financiamento DIP, que é a possibilidade de o juiz permitir que a empresa obtenha investimentos dando em garantia de bens que ainda estão disponíveis, obtiveram os seguintes resultados: 1) as empresas maiores têm mais facilidade para conseguir o financiamento; 2) os devedores que conseguem o financiamento têm maior probabilidade de sair da recuperação judicial; 3) o índice de sucesso da recuperação judicial que obtiveram financiamento de credor preexistente ou de novos credores é o mesmo; e 4) o tempo gasto na recuperação judicial é menor quando a empresa consegue o financiamento.

No Brasil, verifica-se que deveria haver alteração de diversos setores (bancário, público entre outros) a fim de possibilitar financiamento da empresa em crise, por exemplo, diante de empréstimos bancários, sem grandes ônus para os bancos, já que o perfil da empresa em recuperação é enquadrado na Resolução CMN nº 2.682/99, a qual estabelece que com mais de 06 (seis) meses de inadimplemento, a empresa deve ser classificada como “H”, isto é, empresa de alto risco, implicando na necessidade do banco provisionar 100% (cem por cento) do valor do crédito, o que geralmente ocorre com a empresa que ingressa em recuperação judicial; no tocante ao setor público, caberia ao Estado, o qual deveria

buscar maiores incentivos a preservação da empresa, a criação de financiamento especial para empresas em crise em seus bancos de investimento.

A LREF poderia prever melhor regramento para financiamento da empresa em crise, apresentamos algumas sugestões defendidas por Leonardo Adriano Ribeiro Dias (2014): a) extraconcursariedade absoluta na falência, vez que a LREF embora tenha considerado crédito extraconcursal, o pagamento do credor é realizado após as remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência, quantias fornecidas à massa pelos credores, despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto, bem como custas do processo de falência e custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida (art. 84 da LREF); b) expressa ausência de sucessão na outorga das garantias a novos financiamentos, isto é, a LREF deveria prever que a oneração de quaisquer bens da empresa em recuperação para fins de captação de recurso deveriam ser liberados da sucessão, e não somente os bens previstos no plano adquiridos por meio de leilão, pregão ou proposta fechada; c) indicação de um *Chief Restructuring Officer* (CRO), no caso, seria a possibilidade do credor condicionar o financiamento à indicação de um membro na administração especializado em recuperação de empresa.

3.1.6 Microempresa e empresa de pequeno porte

A microempresa e empresa de pequeno porte possui proteção constitucional, consoante se verifica no art. 170, inciso IVX, da Constituição Federal, o qual dispõe que ocorrerá o “tratamento favorecido para a microempresa e empresa de pequeno porte”.

As empresas⁹⁰ que se enquadram como microempresa e empresa de pequeno porte, segundo o Sebrae, atingem 99% do total das empresas brasileiras, o que demonstram sua importância para o mercado⁹¹.

⁹⁰ Enquadra-se como microempresa e empresa de pequeno as empresas que estejam em consonância com o art. 3º, incisos I e II, da Lei nº 123/06: I - no caso da microempresa, afora, em

Com a finalidade de criar um procedimento especial para a microempresa e empresa de pequeno porte, a LREF criou plano especial, estabelecido no art. 70 e seguintes da lei.

O plano especial simplifica o procedimento ao: a) dispensar a Assembleia Geral de Credores, de modo que o plano resta aprovado se não houver objeção do plano por credores que represente mais da metade do total do crédito; b) redução dos honorários do Administrador Judicial para o percentual no máximo de 2% (dois por cento).

Destaca-se que antes do advento da Lei Complementar nº 147 de 2014, ou seja, na edição da LREF em 2005 até a vigência da referida lei complementar, somente o crédito quirografário era submetido aos efeitos do plano especial, o que, com certeza, ensejou na sua inutilização.

Entendeu o legislador, ainda, criar limitação nas condições de pagamento aos credores, atualmente, com o advento da lei complementar, o plano especial da microempresa e empresa de pequeno porte não pode ultrapassar de 36 (trinta e seis) parcelas, atualizadas pela taxa Selic, permitindo deságio e inserir todos os credores, como trabalhista, real e quirografário na condição pré-estabelecida, bem como deverá o pagamento da primeira parcela ser efetuado em até 180 dias da pedido da recuperação judicial.

Outro ponto que consta no plano especial da microempresa e empresa de pequeno porte é a necessidade de autorização para aumento de despesas e contratação de empregados, cuja provocação compete ao comitê de credores.

cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e II - no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

⁹¹Disponível em <https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/sp/sebraeaz/pequenos-negocios-em-numeros,12e8794363447510VgnVCM1000004c00210aRCRD> Acesso em: 04 de dezembro de 2019.

Ivan Vitale Junior (2017) defende a utilização do plano especial da microempresa e empresa de pequeno porte após a alteração legislativa da LREF, destacando a vantagem para o saldo trabalhista, vez que na recuperação judicial clássica tal crédito deve ser pago em 12 meses, enquanto no plano especial, entende que, desde que os credores tenham sido demitidos antes do ingresso da recuperação judicial, poderão ser pagos no prazo de 36 meses.

Embora, de fato, deve ser mantido um procedimento especial para as empresas que se enquadram como microempresa e empresa de pequeno porte diante da sua importância no mercado, entende-se que a limitação das condições de pagamento, como disciplinado na lei, é uma falha, pois, da mesma forma que ocorria na concordata, não permite que a empresa possa apresentar um plano com base na sua real condição econômica. Nesse sentido, como alerta Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (2016, p. 174), o plano especial da micro e pequena empresa “trata-se, basicamente, de simples moratória, sem cunho reorganizacional”.

As condições pré-estabelecidas na LREF acaba acarretando a empresa optar por ingressar com o pedido de recuperação judicial clássica, vez que não é obrigatório a adoção do plano especial, ou, muitas vezes, sequer ingressar com o pedido de recuperação judicial diante do seu complexo procedimento e custo.

Nessa seara, entende-se que deve permanecer o procedimento especial da microempresa e empresa de pequeno porte, porém, sem a limitação de parcelas, a fim de permitir que a empresa possa apresentar uma proposta que se adeque a sua necessidade.

Não obstante a dispensa DA Assembleia Geral de Credores seja uma simplificação no procedimento, deve ser criada uma segunda chamada para objeção do plano, pois a decretação de falência direta da empresa é uma medida grave, o que inibe as empresas optarem pelo procedimento especial.

Sobre o tema, Manoel Justino Bezerra Filho (2019, p. 251) assevera que tal disposição é “desvantagens para o pequeno empresário, pois, para os outros casos de recuperação judicial normal, se houver objeção dos credores, sempre poderá ser afastada pela assembleia geral”.

Nessa linha, em que pese defenda-se que, na LREF atual, o juiz pode afastar a objeção abusiva de credor (VITALE, 2017), com base no princípio da preservação da empresa, tal situação não gera segurança jurídica para as empresas, o que leva ao desuso do procedimento especial.

Outro ponto da LREF que parece desarrazoado é a determinação de autorização para contratação de empregado e aumento de custos, a empresa deve manter suas atividades normalmente, a necessidade de aprovação pode engessar a atividade, o que não se justifica diante da dinâmica da empresa.

3.2 Possíveis interpretações sobre os aspectos estruturais da recuperação judicial que contribuem com a preservação da empresa

Conquanto as falhas apontadas na LREF, o aplicador de direito deve buscar atingir a finalidade da lei, no caso: a preservação da empresa, com base no disposto na lei atual.

Para tanto, à luz da segurança jurídica, não se pode contrariar o disposto expresso em lei, cujas consequências podem agravar a utilização do instituto diante dos efeitos no mercado, muito mais do que as próprias falhas da LREF.

Assim, cabe aos aplicadores de direito, como ensinava José Pacheco (1998, p. 07), na vigência da lei anterior, mas ora aplicado na LREF, a busca da finalidade da lei, por meio de interpretação, integração e aplicação das normas:

Assim, tanto os advogados, juristas, membros do MP, quanto juízes e tribunais devem encaminhar, preconizar e efetivar soluções, mediante interpretação, integração e aplicação desses dispositivos, com vista ao soerguimento das empresas, manutenção do seu patrimônio, com o atendimento da produção e da preservação do trabalho, o que conflui para os fins sociais e o bem comum.

Tendo em vista que a LREF deve ser interpretada e aplicada com vista ao princípio da preservação da empresa, apresenta-se as possíveis interpretações de alguns pontos da LREF que podem influenciar o resultado da recuperação judicial.

3.2.1 Registro da sociedade empresária e empresário

Como vimos, um dos requisitos para ingresso da recuperação judicial, previsto no art. 48 da LREF, é que a sociedade empresária ou empresário deve ter mais de dois anos de atividade registrado.

O prazo de dois anos de atividade da empresa foi inserido na lei para que somente empresas mais consolidadas no mercado possam pedir recuperação judicial, tal requisito reflete os estudos que demonstram a dificuldade de sobrevivência da empresa dentro do período de dois anos⁹².

Portanto, dois anos de empresa presumisse que os serviços ou bens oferecidos tiveram aceitação no mercado, o que justifica permitir sua preservação.

Tal ponto não merece reforma, de fato, deve ser aplicado a recuperação judicial às empresas que tiveram aceitação no mercado, não devendo o Estado tutelar uma recuperação judicial, implicando em efeitos aos credores e a sociedade como todo, às empresas que sequer conseguiram sua consolidação.

Todavia, a LREF afirma que cabe a recuperação judicial da empresa com dois anos de registro. Considerando que a LREF somente se aplica a sociedades empresárias e empresário, o registro deve ter sido realizado no cartório de Registro Público de Empresas Mercantis do Estado onde se atua.

⁹² Segundo relatório divulgado pelo Sebrae - Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas, de cada quatro empresas abertas no Brasil, uma fecha antes de completar dois anos de existência no mercado. Disponível em <https://m.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/sobrevivencia-das-empresas-no-brasil-102016.pdf> . Acesso em: 02 de dezembro de 2019.

Dispõe o artigo 967 combinado com o artigo 985 do Código Civil, que somente ocorre a personalidade jurídica da sociedade empresária após o seu registro no cartório de Registro Público de Empresas Mercantis. Por outro lado, à luz do art. 967, também é obrigatório o registro do empresário no cartório de Registro Público de Empresas Mercantis para que este possa ser considerado empresário individual.

Sobre o produtor rural, regula que este será considerado empresário ou sociedade empresária se optar pelo registro no cartório de Registro Público de Empresas Mercantis (art. 971 e 984 do Código Civil).

Ainda, dispõe o Código Civil, no seu art. 998, que a sociedade simples também deve ser registrada no cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Destarte, antes do registro no cartório competente, considera-se que a sociedade não é personificada nos termos do artigo 986 e seguintes do Código Civil. Nessa seara, verifica-se que a legislação reconhece a existência de sociedade não registrada, mas entende que está é irregular.

Não se discute que a empresa deve estar registrada no Registro Público de Empresas Mercantis para ingresso do pedido de recuperação judicial, porém, o tempo de registro inferior a dois anos, desde que comprovado que a empresa já atuava no mercado de forma regular, não pode ser causa de indeferimento do pedido.

Entende-se que a LREF ao trazer o requisito de dois anos de atividade regular, não deve ser confundido com o tempo de registrado no Registro Público de Empresas Mercantis.

O tempo de registro não necessariamente comprova o período que a empresa atua no mercado de forma regular, como nos casos de produtor rural não registrado e sociedade simples, que estão regulares, mas não são considerados sociedade empresária ou empresário.

Assim, as sociedades simples que alteram o seu registro para fazer constar a existência de elemento de empresa, o que a tornam sociedade empresária, não deve ter como fator determinante para deferimento da recuperação judicial o tempo do registro no cartório de Registro Público de Empresas Mercantis, mas, sim, o tempo em que a sociedade exerce atividade regular.

Igualmente, tal entendimento atinge o produtor rural não registrado no Registro Público de Empresas Mercantis, mas que comprova sua atividade há mais de dois anos, já que seu registro não é obrigatório, diante do tratamento *sui generis* (TOLEDO, 2005), o que não lhe torna irregular (WAISBERG, 2016).

Denota-se que o impedimento do ingresso da recuperação judicial apenas em razão do tempo de registro é contrário ao princípio da preservação da empresa e a finalidade do tempo previsto na LREF.

Cabe para fins de deferimento da recuperação judicial, em consonância com a LREF, exigir que a empresa comprove sua atividade regular pelo período de dois anos, devendo o registro no cartório de Registro Público de Empresas Mercantis, para fins do direito concursal, ser considerado uma formalidade exigida pela lei.

Não se olvida o questionamento sobre a segurança jurídica dos credores no ato da contratação com a empresa, visto que ao registrar-se no Registro Público de Empresas Mercantis a empresa altera a legislação aplicável no tocante ao direito de insolvência, o que não é vedado por lei, portanto, é completamente cabível, fato este que deve ser levado em consideração em qualquer contratação, não podendo ser causa para afastar o princípio da preservação da empresa.

Com efeito, deve ser permitido o ingresso da recuperação judicial se comprovado a atividade no prazo superior, devendo submeter aos efeitos da recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, independente da data da contratação, ou seja, submete aos efeitos da recuperação judicial inclusive os créditos que foram contratados antes do registro.

Destaca-se que na falência, diante do *par conditio creditorum* atrairia todos os credores independente do momento da contratação, por sua vez, na recuperação judicial, deve levar em consideração o princípio da preservação da empresa, pois na hipótese de eventualmente afastar os créditos anteriormente contratação, certamente, implicaria na impossibilidade de recuperação judicial da empresa.

Importante frisar que, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça⁹³ entendeu que deve submeter à recuperação judicial todos os créditos contratados pelo produtor rural, inclusive, aqueles contratados antes do registro, não havendo óbice ao “cômputo do período anterior ao registro, somado ao posterior, para perfazimento do total de mais de dois anos de regular exercício da atividade empresarial”.

Na mesma perspectiva, entende-se que tal entendimento também deve ser aplicado na sociedade simples e até mesmo a associação civil, como ocorreu no Tribunal do Rio Grande do Sul⁹⁴, na recuperação judicial da Associação Educacional Luterana do Brasil (AELBRA), mantenedora de instituições de ensino, que antes da data do pedido de recuperação judicial exercia sua atividade sob a forma de Associação Civil, que reconheceu a regularidade da empresa considerando o tempo que exercia sua atividade como associação.

3.2.2 Créditos excluídos da recuperação judicial e sua análise restritiva

Consoante já exposto, a LREF exclui dos efeitos da recuperação judicial o crédito decorrente de alienação fiduciária de bens móveis ou imóveis, de arrendamento mercantil, de compra de imóvel cujos contratos contenha cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou com reserva de domínio, o adiantamento de contrato de câmbio, as obrigações contratadas nas câmaras compensação e de liquidação, por fim, o crédito tributário.

⁹³ REsp nº 1.800.032 - MT (2019/0050498-5), Rel. Min. MARCO BUZZI, DJe: 10/02/2020.

⁹⁴ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, apelação nº 5000461-37.2019.8.21.0008/TJRS, 6ª Câmara Cível.

Considerando que deve ser respeitado a norma jurídica, tais créditos não devem ser incluídos na recuperação judicial ainda que, no caso específico, a não inclusão implicar na impossibilidade de reestruturação da empresa.

No entanto, a interpretação que envolve os créditos excluídos deve ser analisada restritamente, vez que, a regra, é a submissão do crédito na recuperação judicial, conforme se verifica no art. 49, caput, da LREF. Portanto, as hipóteses previstas na lei referente a exclusão dos créditos é uma exceção da lei, devendo sua análise, em conjunto com o princípio da preservação da empresa, se dá de modo a não ampliar as causas de exclusão da submissão ao procedimento, já que a finalidade da lei é permitir a reorganização da empresa para sua preservação.

A esse respeito, as lições clássicas da doutrina remetem o entendimento de que a norma de exceção deve ser analisada restritamente para que não se retire a razão de ser da lei⁹⁵, no caso da LREF, não se deve estender as hipóteses de crédito não submetidos à recuperação judicial e sua aplicação.

Nessa linha, podemos verificar a questão da cessão fiduciária de crédito, a LREF dispõe que o proprietário fiduciário de bem imóvel e móvel está excluído da recuperação judicial, todavia, acabou por estender a norma para cessão fiduciária de crédito.

A alienação fiduciária se trata de garantia prevista no art. 66-B, da Lei 10.931, de 2004, que alterou a Lei 4.728, de 1965, na qual prevê a possibilidade de alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito.

Manuel Manoel Justino Bezerra Filho (2019), Ivanildo Figueiredo (2018) ensinam que a cessão fiduciária somente deveria ser excluída da recuperação judicial se tivesse constado expressamente na LREF.

⁹⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica aplicada ao direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 225 e ss; REALE, Miguel. **Lições preliminares**. 27. ed ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 277 e ss.

Consoante destaca Manoel Justino Bezerra Filho (2019, p. 188), a LREF não foi elaborada para permitir a cessão fiduciária, visto que tal garantia não era conhecida pelo legislador, considerando o pouco tempo de vigência da lei que a instituiu:

A Lei 11.101/2005 não foi elaborada para permitir a introjeção da figura da cessão fiduciária de recebíveis, esta Lei lida apenas com a alienação fiduciária, pois esta era a forma existente e conhecida do legislador de então, que não conhecia a cessão e não a considerou para fins de elaboração da Lei. Por isto mesmo, para a LREF a cessão não existe, a cessão não foi considerada em sua estrutura e portanto, nenhum credor pode gozar do benefício da cessão fiduciária, em caso de recuperação judicial.

Entendimento diverso é lecionado por Fábio Ulhoa Coelho (2009), Márcio Calil de Assumpção e Melhim Namem Chalhub (2009), que enquadraram como bens móveis os direitos creditórios, em geral, inclusive os representados por títulos de crédito, o que permite a exclusão da cessão fiduciária da recuperação judicial.

O entendimento é consolidado no Superior Tribunal de Justiça⁹⁶ no sentido de excluir a cessão fiduciária de crédito do âmbito da recuperação judicial, independentemente de a cessão ter ou não sido registrada no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, porém pode-se concluir, que a interpretação ocorreu de forma ampliativa no fato de inserir a cessão fiduciária dentro do conceito de bem móvel, o que viola a interpretação restritiva e a finalidade da lei.

Outro ponto que envolve créditos excluídos, cuja regra de hermenêutica em conjunto com o princípio da preservação da empresa, se trata de perecimento da garantia da alienação e cessão fiduciária.

A LREF, como mencionado, afasta a alienação fiduciária dos efeitos da recuperação judicial porquanto o bem dado e garantido já pertence ao credor, de modo que a obrigação, se não paga, e liquidada com as garantias dadas.

⁹⁶ REsp 1.202.918-SP, Rel. Min. Villas Bôas Cueva, julgado em 7/3/2013 e REsp 1.412.529-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 17/12/2015, DJe 2/3/2016.

Nesse assunto, Márcio Calil de Assumpção e Melhim Namem Chalhub (2009, p. 136) destacam:

A exclusão dos bens e dos direitos de crédito objeto de garantia fiduciária do plano de recuperação decorre do fato de não integrarem o patrimônio da recuperanda, uma vez que, antes do pedido de recuperação, ela já os havia transferido/cedido, ainda que em caráter fiduciário, ou credor fiduciário.

Todavia, somente deve ser excluída da submissão da recuperação judicial as obrigações que a garantia seja existente e executável, sob pena do credor buscar a satisfação do crédito em outros bens da empresa em recuperação judicial.

Denota-se que a lei específica de alienação e cessão fiduciária no âmbito do mercado financeiro e de capitais, dispõe que se aplica às referidas garantias os arts. 1.421, 1.425, 1.426, 1.435 e 1.436 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

O art. 1.436 do Código Civil dispõe as formas de extinção da garantia, a saber: (i) extinguindo-se a obrigação; (ii) perecendo a coisa; (iii) renunciando o credor; (iv) confundindo-se na mesma pessoa as qualidades de credor e de dono da coisa; (v) dando-se a adjudicação judicial, a remissão ou a venda da coisa garantida, feita pelo credor ou por ele autorizada.

Na prática, na hipótese de ocorrer ato que implique na extinção da garantia, torna-se a obrigação destituída de garantia, o que deve implicar na sua submissão à recuperação judicial, sob pena do credor, que não possui o bem objeto da garantia, ser privilegiado perante os demais credores, o que é vedado pela *par conditio creditorum*.

Na mesma toada, a garantia fiduciária deve ser especificada, ou seja, os bens, objeto da garantia, deve ser identificado no contrato tanto no caso de imóvel, móvel e títulos de crédito.

A ausência de especificação da garantia também dá ao credor privilégios de satisfação do crédito, ao permitir que o credor possa buscar bens indiscriminadamente da empresa para pagamento da sua obrigação.

A exclusão do crédito na recuperação judicial deve estar vinculada expressamente nas hipóteses previstas na LREF, ao passo que o credor fiduciário somente pode satisfazer a sua dívida, fora da recuperação judicial, com a garantia prestada, logo, o credor não pode escolher a forma de satisfazer a dívida deve observar a garantia prestada, se existente (WAISBERG, 2018), sob pena de renúncia.⁹⁷

Se após à excussão da garantia, o crédito não ter sido totalmente satisfeito, o saldo deve ser submetido à recuperação judicial, pois não se deve permitir a expropriação de outros bem que não foram dados como garantia fiduciária.

3.2.3 Bens essenciais da empresa (móveis, imóveis e dinheiro)

A empresa em crise econômica financeira precisa se reestruturar de modo que seja possível a manutenção da sua atividade, razão pela qual a lei previu prazo de 180 (cento e oitenta) dias de suspensão das ações judiciais (art. 6º) e da venda e retirada de bens de capital essenciais para a atividade empresária do devedor (art. 49, §3º), o referido prazo é denominado como *stay period*⁹⁸.

Portanto, dentro do *stay period* a empresa devedora não sofrerá com ações judiciais e expropriações de bens essenciais para a sua atividade empresária, ainda que esses bens estejam vinculados a garantias prestadas, podendo até mesmo o bem essencial quando muito importante para empresa, em caso excepcional, ser preservado mesmo após o período previsto na lei⁹⁹.

⁹⁷ Nesse sentido: TJSP, AI 2197310-53.2018.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Fortes Barbosa, julg. 7.11.2018; TJSP, AI 2100475-37.2017.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Alexandre Lazzarini, julg. 26.3.2018.

⁹⁸ O *stay period* é contado em dias corridos, conforme decidido pelo STJ no REsp 1698283/GO, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 24/05/2019, com fundamento que “tem-se, assim, que os correlatos prazos possuem, em verdade, natureza material, o que se revela suficiente, por si, para afastar a incidência do CPC/2015, no tocante à forma de contagem em dias úteis.”

⁹⁹ Nesse sentido, destaca-se o julgado do STJ, no CC 131.656-PE, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 8/10/2014, o qual dispõe que “A jurisprudência do STJ, no entanto, tendo por base a limitação prevista na parte final do § 3º do art. 49 - que impede a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial - e inspirada no princípio da preservação da empresa, tem estabelecido hipóteses em que se abre exceção à regra da não submissão do crédito garantido por alienação fiduciária ao procedimento da recuperação

O bem essencial para atividade deve ser considerado todo aquele necessário para a produção ou circulação de bens ou de serviço, como para a manutenção da empresa¹⁰⁰.

Os insumos para produção ou circulação de bens ou serviços são essenciais para atividade empresarial, o Superior Tribunal de Justiça em matéria tributária, no Resp nº 1.221.170, indicou que o conceito de insumos:

Deve ser aferido à luz dos critérios da essencialidade ou relevância, vale dizer, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item – bem ou serviço – para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo contribuinte¹⁰¹.

Além dos insumos serem essenciais por sua própria finalidade, à luz da preservação da empresa, também deve ser interpretado como bem essencial aqueles que proporcionam a viabilidade da manutenção da atividade empresarial. Nesse passo, estaria incluído os bens imóveis onde está instalado a empresa e o dinheiro no limite das suas necessidades.

Como se vê, no *stay period* os bens essenciais da empresa não podem ser retirados da posse da empresa devedora, sob pena de inviabilizar sua reorganização.

No que se refere aos imóveis, a discussão jurisprudencial e doutrinária é sedimentada no sentido de essencialidade e sua manutenção dentro do período de

judicial. De acordo com a linha seguida pelo STJ, a exceção somente é aplicada a casos que revelam peculiaridades que recomendem tratamento diferenciado visando à preservação da atividade empresarial, como, por exemplo, no caso em que o bem dado em alienação fiduciária componha o estoque da sociedade, ou no caso de o bem alienado ser o imóvel no qual se situa a sede da empresa.”

¹⁰⁰ O STJ já pacificou o entendimento que compete ao juiz da Recuperação Judicial a análise da essencialidade do bem. (AgInt no CC 159.480/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/09/2019, DJe 30/09/2019).

¹⁰¹ No mesmo julgado, os insumos foram classificados “segundo os critérios da essencialidade ou relevância”, explanados da seguinte maneira: a) o “critério da essencialidade diz com o item do qual dependa, intrínseca e fundamentalmente, o produto ou o serviço”: a.1) “constituindo elemento estrutural e inseparável do processo produtivo ou da execução do serviço”; a.2) “ou, quando menos, a sua falta lhes prive de qualidade, quantidade e/ou suficiência”; b) já o critério da relevância “é identificável no item cuja finalidade, embora não indispensável à elaboração do próprio produto ou à prestação do serviço, integre o processo de produção, seja”: b.1) “pelas singularidades de cada cadeia produtiva”; b.2) “por imposição legal”.

suspensão. Situação diversa se dá com o faturamento da empresa, os entendimentos jurisprudências foram diversos ao longo do tempo¹⁰².

A denominada trava bancária é a retenção dos recebíveis pelo credor diante da cessão de recebíveis realizada pela empresa, tais créditos podem ser decorrentes de documentos que representem direito de crédito, como contratos firmados de qualquer natureza (fornecimento, direito autoral, franquia, etc.), títulos de crédito (duplicatas, cheques, etc.), cartão de crédito e débito, entre outros.

A cessão fiduciária de crédito pode estar vinculada a recebíveis existentes vencidos ou vincendos, os quais já foram constituídos e cedidos para o credor, bem como a recebíveis futuros, os quais a empresa apenas tem a expectativa de recebimento, ou seja, que ainda não existem, como, por exemplo, valores vinculados à máquinas de cartão de crédito, saldos em conta, etc.

A nosso ver, o dinheiro deve ser considerado bem essencial para a empresa, porquanto nenhuma delas tem a capacidade de manter suas atividades se toda sua receita, ou a maior parte dela, esteja cedida.

Com efeito, a essencialidade não se confunde com relevância, para ser essencial necessário estar presente além da importância para sua manutenção, o fato de que sem ele a empresa não terá capacidade de se recuperar.

¹⁰² Jurisprudência que permitia liberação parcial dos valores: Agravo de instrumento contra a decisão que deferiu a liminar para determinar que a agravante, instituição financeira, deixe de realizar novas retenções das contas bancárias das recuperandas, bem como determinou a liberação, em favor da recuperanda, do percentual de 30% dos valores antes bloqueados. Conquanto a agravante tenha registrado as cédulas de crédito garantidas por cessão fiduciária de recebíveis, instrumento que foi, igualmente, registrado junto ao Registro de Títulos e Documentos do domicílio da devedora, fato que, a princípio, conduziria à não sujeição dos créditos da agravante à recuperação judicial, nos termos do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005 e também de acordo com as Súmulas nº 59 e 60, deste Tribunal, certo é que as recuperandas poderão, em breve, ingressar no stay, de modo que a retirada, neste momento, de todos os recursos disponíveis pelas agravantes, instituições financeiras, poderá inviabilizar o soerguimento das agravadas, principal objetivo do pedido de recuperação. (TJ-SP - AGV: 20817027520168260000 SP 2081702-75.2016.8.26.0000, Relator: Carlos Alberto Garbi, Data de Julgamento: 17/10/2016, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 20/10/2016).

Muitas vezes, as empresas acabam por garantir a integralidade dos seus recebíveis, ou a maior parte deles, aos credores para fins de obtenção de crédito, e quando ingressam com a recuperação judicial ocorre a denominada trava bancária.

A trava bancária significa “direcionar a receita originária de créditos e recebíveis para uma determinada conta corrente, em determinada agência, de um banco específico” (FIGUEIREDO, 2018, p.382), ou seja, permite que a instituição bancária controle e bloqueio dos recebíveis da empresa que foram concedidos como garantia da operação firmada.

Nos casos de a trava bancária bloquear receitas da empresa na sua totalidade, ou maior parte, a extensão da essencialidade ao dinheiro se torna necessário para soerguimento da empresa.

Esse tipo de análise merece cautela, pois quando se trata de bens móveis e imóveis após o período de 180 dias, poderá o credor fiduciário receber o bem sem que haja perecimento da coisa, contudo, quando se trata de bens fungíveis, no caso dinheiro, não existirá a garantia de recebimento.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento REsp 1758746, afastou os recebíveis do conceito de bem essencial de capital, termo previsto no art. 49, §3º da Lei nº 11.101/2005, asseverando que bem essencial de capital “deve utilizado no processo produtivo da empresa, já que necessário ao exercício da atividade econômica exercida pelo empresário”, restrita aos bens móveis e imóveis¹⁰³.

Como fundamento para afastar a cessão fiduciária do conceito de bem de capital, o Superior Tribunal de Justiça sustenta que a natureza creditícia não é “utilizada materialmente no processo produtivo da empresa”, apegando-se ao conceito legal previsto no Decreto nº 2.179/1997 e não na visão de manutenção da empresa para fins da LREF.

¹⁰³ No mesmo julgado: “Para efeito de aplicação do § 3º do art. 49, “bem de capital”, ali referido, há de ser compreendido como o bem, utilizado no processo produtivo da empresa recuperanda, cujas características essenciais são: bem corpóreo (móvel ou imóvel), que se encontra na posse direta do devedor, e, sobretudo, que não seja perecível nem consumível, de modo que possa ser entregue ao titular da propriedade fiduciária, caso persista a inadimplência, ao final do *stay period*.”

Verifica-se que tal interpretação não é analisada sob o enfoque de essencialidade do bem para fins de manutenção da atividade empresária, já que, uma empresa com a sua receita comprometida, dificilmente é capaz de se recuperar.

Eduardo Secchi Munhoz (2009, p. 44) também ressalta a necessidade de analisar o bem de capital com base na finalidade da lei:

É bem verdade que a parte final do dispositivo, ao prescrever tal orientação, alude a bem de capital. Seria, porém, uma interpretação excessivamente apegada ao sentido literal da norma, e absolutamente desvinculada da finalidade da Lei, afastar, exclusivamente por conta da qualificação bem de capital, a aplicação dessa orientação à cessão fiduciária de direitos de crédito.

A nosso ver, a essencialidade do bem não se restringe ao bem de capital somente no que se refere a bens imóveis e móvel. Nesse sentido, destacamos as lições de Fábio Konder Comparato (1986, p. 72) sobre os bens de produção:

Os bens de produção são móveis ou imóveis, indiferentemente. Não somente a terra, mas também o dinheiro, sob a forma de moeda ou de crédito, podem ser empregados como capital produtivo. De igual modo os bens destinados ao mercado, isto é, as mercadorias, pois a atividade produtiva é reconhecida, na análise econômica, não pela criação de coisas materiais, mas pela criação de valor.

Para fins de preservação da empresa, em caráter essencial, a manutenção do bem com a empresa devedora deve ser passível de liberação parcial e limitação nas hipóteses que restar comprovado a necessidade dos valores para manutenção da empresa, principalmente os recebíveis futuros, já que os recebíveis já cedidos ao credor já não estaria previsto no seu faturamento¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Em sentido diverso do STJ: Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Decisão recorrida que reconheceu a essencialidade de recebíveis cedidos fiduciariamente para o fim de determinar a abstenção de bloqueio por 'travas bancárias' Inconformismo. Cessão fiduciária que não tem previsão literal expressa no artigo 49, § 3º, LRJ. Criação do instituto meses antes da vigência da Lei n. 11.101/05. A cessão fiduciária, ao receber o benefício do art. 49, § 3º, LRJ, também deve se sujeitar aos ônus impostos pela lei. Essencialidade dos montantes mensais que deve ser demonstrada pelo administrador judicial. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça não julgados na sistemática de recurso repetitivo. Fundamentos aqui lançados que afastam as respeitáveis razões lançadas pela Superior Instância. Decisão mantida. Recurso improvido com observação. (TJ-SP - AI: 21483628020188260000 SP 2148362-80.2018.8.26.0000, Relator: Hamid Bdine, Data de Julgamento: 04/12/2018, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 10/12/2018)

Entendimento diverso, nas palavras de Manoel Justino Bezerra Filho (2015), ensejaria a “morte da recuperação judicial”, já que não é crível permitir que seja carregado a totalidade dos recursos da empresa, deixando-a sem qualquer tipo de entrada de dinheiro, em total privilégio à instituição financeira.

Como solução apresentada pelo autor, a instituição financeira deve especificar quais os créditos estão vinculados a cessão fiduciária e prestar as devidas contas, para que o juiz possa ter o controle de pagar a dívida vencida da instituição financeira, sem ensejar em vencimento antecipado de toda operação, e liberar os demais valores para empresa.

Tal situação, além de ser permitido por força do princípio da preservação da empresa, é permitida em análise da própria legislação, considerando que a LREF não foi elaborada prevendo a cessão fiduciária, é de rigor a extensão da sua interpretação para fins de preservação da empresa quando demonstrado que, de fato, a liberação parcial dos recebíveis é essencial a manutenção da empresa.

Sobre o vencimento antecipado da dívida, nas lições de Marcelo Barbosa Sacramone (2016), este é contrário ao interesse público que envolve a recuperação judicial, bem como é contrário a igualdade de tratamento entre os credores da mesma classe ao permitir que um dos credores se beneficie em detrimento dos demais credores.

Assim, ainda que exista a cláusula de vencimento antecipado, como em regra há nos contratos bancários, com base na função social do contrato e o princípio da ordem pública, o simples ingresso da recuperação judicial não pode implicar no vencimento antecipado da dívida, devendo a autonomia das partes se limitar aos demais interesses envolvidos.

3.2.4 Venda de ativos

A recuperação judicial permite que a empresa possa elaborar um plano como objetivo de soerguimento econômico-financeiro da empresa, no qual deve constar os meios para atingir a finalidade de superação da crise.

Nessa senda, a venda de ativos da empresa é uma possibilidade de meio de recuperação judicial, a LREF, exemplificativamente, prevê a venda parcial dos bens como forma alternativa no seu art. 50.

A LREF utiliza o termo unidade produtiva isolada e filial para indicar a possibilidade de venda de ativos da empresa. O conceito de unidade produtiva isolada ensinado por Nelson Eizirik (2011) tem o mesmo sentido da empresa, no caso, seria venda parcial da empresa, podendo incluir bens imóveis e móveis, tangível e intangível e direitos etc.

Note-se que, a previsão de alienação de ativos da empresa, além de assegurar a preservação da empresa em crise, vai ao encontro do interesse público, ao estimular a iniciativa econômica, vez que a aquisição de tais bens permite que outra empresa mantenha a função social vinculada aquele bem (SACRAMONE, 2015).

Como forma de incentivar a venda de ativos da empresa em recuperação judicial a fim de possibilitar a maximização do ativo, a LREF prevê que os bens objetos da alienação estarão livres de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária.

O art. 60 que traz a previsão da liberação do ônus e sucessão do bem alienado, em regra, determina que somente será aplicado tal dispositivo se alienação ocorrer nas seguintes modalidades: leilão, proposta fechada e pregão.

Ocorre que, muitas vezes, a empresa necessita da venda imediata do bem, existência de terceiro interessado que está disposto a fazer o pagamento, existência de condômino entre os compradores (podendo ser credores ou não), a forma de pagamento envolva contrapartidas específicas (como, por exemplo, permuta com torna). Enfim, a situação dependerá do caso em concreto, porém, é possível constatar a possibilidade da venda do bem ser mais vantajoso para a empresa e não ser possível enquadrar nas modalidades prevista na lei.

No caso de falência, o art. 145 da LREF permite que o juiz possa homologar qualquer outra modalidade de realização do ativo, desde que aprovada pela assembleia-geral de credores.

A LREF não proíbe qualquer modalidade de venda de bens da empresa no procedimento da recuperação judicial, todavia, pode ser interpretado, que outra modalidade diferente de leilão, proposta fechada e pregão de venda, afasta a previsão legal sobre a liberação do ônus e a sucessão.

O primeiro ponto que deve ser permitido na recuperação judicial é a venda por qualquer modalidade, desde que autorizado no plano judicial aprovado, compatível com o valor de avaliação apresentada no plano e respeitado as condições de pagamento estabelecidos. Na hipótese da venda do bem ser importante para a empresa antes ou após a aprovação do plano, deve ser permitido sua alienação quando evidente utilidade reconhecida pelo juiz.

Por sua vez, a fim de viabilizar a venda de ativos da empresa deve ser estendido a liberação de ônus e sucessão em qualquer das modalidades aprovadas pelos credores ou reconhecida pelo juiz, sob pena de inviabilizar a reestruturação da empresa, o que não observa o princípio da preservação da empresa.

Nesse cenário, Luiz Fernando Valente de Paiva e Giuliano Colombo (2015) destacam que o art. 60 deve ser interpretado de forma sistemática voltada ao objetivo da lei, não existindo sentido lógico ou jurídico distinguir as modalidades da alienação para fins de afastar ônus e a sucessão.

Outro tema importante são os efeitos dos recursos sobre a decisão que aprova o plano judicial ou a decisão que aprove a venda do ativo. Com base nas normas processuais que se aplicam subsidiariamente a LREF, o recurso cabível em face das aludidas decisões seria o agravo de instrumento, o qual, em regra, não possui efeito suspensivo.

Para Eduardo Secchi Munhoz (2015), com base no princípio da preservação da empresa, os recursos interpostos em face das decisões judiciais no âmbito da recuperação judicial não devem impedir a implementação do plano judicial ou da aprovação da venda do ativo, bem como não poderá retroagir ao estado anterior sem violar direito de terceiro.

A justificada para que as decisões sejam implementadas de imediato, sem risco de anular os negócios realizados, é que os recursos podem levar tempo considerável para julgamento, com trânsito em julgado, o que poderá inviabilizar a recuperação da empresa, que, geralmente, precisa da medida com urgência.

A esse respeito, Luiz Fernando Valente de Paiva e Giuliano Colombo (2015, p. 279) afirmam que:

Pretender o contrário, ou seja, que devedores, credores e investidor tenham de aguardar até o trânsito em julgado da decisão que autoriza a alienação do ativo é ignorar por completo, de um lado, a realidade e o dinamismo dos negócios e, de outro, as necessidades do devedor, dos credores, do investidor e a urgência do processo.

Não se trata de impedir o duplo grau de jurisdição, mas de regular os efeitos dos recursos no âmbito da recuperação judicial, a fim de garantir a eficácia do plano judicial e dar segurança jurídica aos atos praticados na recuperação judicial quando envolve terceiros investidores ou financiadores.

CONCLUSÃO

Pelo presente estudo, que foi elaborado com base na doutrina e na análise das decisões judiciais, verifica-se que a empresa, seja ela de grande, médio ou pequeno porte, é essencial para o desenvolvimento econômico e social do país, considerando que a atividade econômica é a propulsão para o crescimento econômico que permite alcançar o pleno emprego, gerar riquezas que parte são revestida em tributos e retomado à sociedade.

Diante desse cenário, a empresa passa a ser interesse do Estado que deve preservá-la e incentivá-la, dentro dos limites da valorização do trabalho, função social e viabilidade econômica.

A evolução do direito de insolvência adequou-se a nova perspectiva de preservar a atividade empresarial viável, nesse passo, a LREF deve ser considerada um avanço na legislação brasileira ao instituir a recuperação judicial e extrajudicial como procedimento para permitir que a empresa possa buscar a solução da sua crise econômico-financeira, superando o procedimento adotado na concordata que não propiciava meios da empresa se reestruturar.

A importância de um procedimento que vise a superação da crise da empresa ficou em evidência no Brasil nos últimos anos, diante das crises setoriais e da recessão econômica sofrido pelo país, que ensejou a necessidade de muitas empresas buscarem a recuperação judicial como meio de manter sua atividade e postos de trabalhos.

Após passado aproximadamente 20 anos da vigência da LREF, há diversos projetos de leis propondo alteração legislativa no texto legal, haja vista as inúmeras discussões jurídicas que gravitam em torno dos aspectos estruturais da norma vigente e seus efeitos.

A LREF, de fato, contém falhas na sua estrutura, como foi abordado ao longo do trabalho, que podem não atenderem ao princípio basilar da lei, qual seja, o da preservação da empresa, cuja índole é de matéria constitucional diante da empresa ser um dos elementos essenciais para consecução dos efeitos pretendidos pela ordem econômica.

As falhas da LREF, no tocante ao procedimento da recuperação judicial, são pontuais, ou seja, ao nosso ver, a LREF atendeu as expectativas de criar um procedimento que permitia a solução da empresa em crise, porém, pontos específicos da LREF merecem reforma legislativa.

Nessa visão, entende-se que não há necessidade de ser reformulada a lei de recuperação judicial ou alterada a estrutura referente ao procedimento processual, as alterações devem atingir as normas estruturais alusivas às questões materiais que geram efeitos direto no plano de recuperação da empresa e no mercado.

Para que haja possibilidade de sucesso no plano de recuperação, compete à LREF dar guarita aos agentes do mercado (fornecedores, consumidores, investidores, parceiros e outros) para confiarem no instituto da recuperação judicial e nos seus efeitos legais.

Nesse passo, a existência de normas que dificultam a empresa de superar a crise, como, por exemplo, não submissão dos créditos de alguns credores e do fisco, além de dificultar a empresa equacionar o seu passivo, passa ao mercado a desconfiança que a empresa não consiga se recuperar, já que ainda terá que arcar com créditos fora da recuperação judicial que, muitas vezes, compõe parte expressiva do passivo da empresa.

Ainda, como continuação do exemplo, em muitos casos, como levantamento realizado pela Associação Brasileira de Jurimetria¹⁰⁵, a empresa utiliza como meio de recuperação a venda de diversos bens que, fora a questão da empresa ter seu ativo reduzido, leva o mercado a não ter confiança no futuro ao longo prazo da

¹⁰⁵ Disponível em <https://abj.org.br/cases/insolvencia/>

empresa. Tal situação poderia não ser uma realidade se houvesse regras de financiamento.

Esses somente são alguns dos pontos que podem levar ao descrédito do mercado com a recuperação judicial e seus efeitos, levando a empresa viável ter dificuldades de obter novos investimentos e contratações, gerando um efeito inverso, às vezes, pior que a busca da solução da crise por meios extrajudiciais.

A LREF deve afastar as normas que impliquem na dificuldade da empresa se recuperar, não pode a lei afastar a empresa do mercado, ao contrário, sua função é dar segurança ao mercado para que ele aceite a empresa em recuperação, se realmente sua atividade for de interesse dos agentes.

Não se pode acreditar que a empresa possa recuperar da crise sem que esteja inserida no mercado, por sua vez, a lei não consegue obrigar que a empresa interaja com outros agentes em todos os aspectos fundamentais para manutenção da sua atividade, assim, vê-se que sua papel é criar um procedimento eficaz no sentido de que os seus efeitos, cumulado com a reestruturação interna da empresa, permitam a empresa executar o seu plano de recuperação, que será analisado pelos credores e mercado.

Considerando os diversos interesses envolvidos em procedimento de empresa em crise (credores, funcionários, Estado, consumidores etc.), um projeto de lei pode levar considerável tempo para ser apreciado e eventualmente aprovado; assim, é importante dar interpretação a lei vigente, buscando na sua aplicação alcançar a sua finalidade, sempre observando a segurança jurídico, já que a insegurança é um dos piores males no mercado.

Nessa linha, a LREF, como dito, foi instituída com o propósito de preservação da empresa viável, de modo que a interpretação e aplicação das normas legais vigentes deve ser voltada ao seu objetivo.

As interpretações trazidas ao longo do trabalho permitem, ao nosso entender, a eficácia da recuperação judicial levando a efeitos, tanto na recuperação da empresa quanto ao mercado na verificação da viabilidade do plano judicial apresentado, vez que estão voltadas a proteção dos bens da empresa, restrição dos créditos excluídos da recuperação judicial e na segurança jurídicas dos atos praticados no âmbito da recuperação judicial.

O presente estudo não pretendeu abordar todos os aspectos estruturais da LREF, principalmente, aqueles voltados ao procedimento processual como deferimento do pedido, competência do juiz entre outros, que também são temas importantes e refletem na recuperação da empresa. No presente trabalho, o estudo foi direcionado aos efeitos da LREF diretamente nos meios de plano de recuperação e no mercado com visão na busca da preservação da empresa diante da sua função social.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. **Curso de Direito Falimentar**. 5 ed., ver e atual. São Paulo: Editora Universitária do Direito, 1997.

_____. **A continuação do negócio na falência**. 2 ed. São Paulo: Leud, 1998.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli. Aspectos da crise das empresas da nova economia. In: LUCCA, Newton De e SIMÃO FILHO, Alberto (coordenadores). **Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2. ed, 2005.

_____. Da ilegitimidade e falta de interesse da fazenda em requerer falência. In: BEZERRA FILHO, Manoel Justino (Org.) **Temas de direito da insolvência – estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino**. São Paulo: Editora IASP, 2017.

ANDRIGHI, Nancy. **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas – Lei n. 11.101/05, de 09 de fevereiro de 2005**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ASCARELLI, Túlio. O empresário. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 109, 1998. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. A atividade do empresário. Tradução de Erasmo Valladão A. e N. França. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 139, 2003. São Paulo: Malheiros, 1996.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 104. 1996. São Paulo: Malheiros, 1996.

ASSUMPÇÃO, Márcio Calil de; CHALHUB, Melhim Namem. A Propriedade Fiduciária e a Recuperação de Empresas. **Revista do Advogado**, n. 105. São Paulo: AASP, 2009.

AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AYOUB, Roberto; CAVALLI, Cássio. **A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas**. 3. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

AZEVEDO, Luiz Augusto Roux. Recuperação judicial de empresas e falência: alguns aspectos tributários. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.). **10 anos da lei de recuperação de empresa e falência**: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. São Paulo: Max Limonad, 1969.

BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 226, 2001.

BENETI, Sidnei Agostinho. O processo da recuperação judicial. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: QuartierLatin, 2005.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Capítulo IX: Procedimento da recuperação judicial -exames dos dispositivos dos arts. 55 a 69. In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.) **Tratado de direito empresarial**, v.V – recuperação empresarial e falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Lei de recuperação de empresa e falência:** Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 14 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

_____. Trava bancária e trava fiscal na recuperação judicial – tendências jurisprudenciais atuais. In: ELIAS, Luís Vasco (Coord.). **10 anos da lei de recuperação de empresa e falência:** reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

BULGARELLI, Waldírio. **A Teoria jurídica da empresa:** análise jurídica da empresarialidade. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 1985.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira; DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira. A função social da empresa e a lei de introdução às normas do direito brasileiro. In: CUNHA, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Kamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). (Org.). **Lei de introdução às normas do direito brasileiro anotada.** 1ed.São Paulo: Quartier Latin, 2018.

_____. A novação recuperacional. In: COELHO, Fábio Ulhoa. **Tratado de direito comercial, volume 7:** falência e recuperação judicial e direito marítimo. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Capítulo XXIV: dos crimes falimentares. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.) **Tratado de direito empresarial, V –** recuperação empresarial e falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. A nova lei de recuperação de empresas e falência: repercussão no Direito do Trabalho. **Rev. TST**, Brasília, vol. 73, n. 4, out/dez 2007.

_____; MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. A ordem econômica e a especialização das varas em matéria. In: LEMOS JORGE, Andre Guilherme; ADEODATO, João Mauricio; DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira. **Direito empresarial: estruturas e regulação.** São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2018.

CAMIÑA MOREIRA, Alberto. Poderes da assembleia de credores, do juiz e a atividade do ministério público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. Crédito público na recuperação judicial. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI276553,11049Credito+publico+na+recuperacao+judicial>. Acesso em: 02 dez. 2019.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CARRAZZA, Antônio Roque. **Curso de direito constitucional tributário**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **Preservação da empresa no Código Civil**. Curitiba: Juruá, 2007.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **A Recuperação Judicial de Sociedade por Ações**. O princípio da preservação da empresa na lei de Recuperação e Falência. [Tese de Doutorado]. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Os desafios do direito comercial: com anotações ao projeto de código comercial**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. A Trava Bancária. **Revista do Advogado**, n. 105. São Paulo: AASP, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Ed. Revistados Tribunais, 1970.

_____. A reforma da empresa. **Revista Forense**, v.1, 1904, Rio de Janeiro, Forense, 1940.

_____. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 63, ano XXV (nova série), jul./set. 1986.

_____. **O seguro de crédito**: estudo jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

COSTA, Daniel Carnio. **A perícia prévia em recuperação judicial de empresas – Fundamentos e aplicação prática**. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI277594,41046A+pericia+pre+via+em+recuperacao+judicial+de+empresas+Fundamentos+e>. Acesso em: 09 ago. 2019.

_____. Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 16, n. 39, p. 59-77, Jan-Mar./2015.

CRISTIANO, Romano. **Conceito de Empresa**. São Paulo: Editora Arte & Cultura, 1995.

CUNHA, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Kamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). (Org.). **Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro Anotada**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira. **A universalidade do juízo da recuperação judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

_____; RUIZ, Renata de Oliveira Bassetto; OLIVEIRA, André Luiz Mattos de. Função social da empresa: concretização a partir da regulação da atividade empresarial. **Prisma Jurídico**, v. 17, 2018.

_____.; BECKER, Joseane Isabel. A instauração do processo de recuperação judicial e a pertinência da perícia prévia: o juízo de insolvabilidade exigido pela Lei n. 11.101/05. In. WAISBERG, Ivo; RIBEIRO, José Horácio H. R.; SACRAMONE, Marcelo Barbosa. (Coord.). **Direito comercial, falência e recuperação de empresas – temas**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na recuperação judicial e na falência**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

EIZIRIK, Nelson. Interpretação dos arts. 60 e 145 da lei de recuperação de empresas e falência. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (Coord.). **Temas de direito societário e empresarial contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2011.

FERREIRA, Waldemar. **Instituições de direito comercial**. Vol. IV, falência. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.

FIGUEIREDO, Ivanildo. O problema da trava bancária como fator de inviabilização da recuperação da empresa. In: BEZERRA FILHO, Manoel Justino (Org.) **Temas de direito da insolvência – estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino**. São Paulo: Editora IASP, 2017.

FORGIONI, Paula. A. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa:** Repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. **Empresa e propriedade:** função social e abuso de poder econômico. São Paulo: Quatier Latin, 2006.

GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. **A falência e a preservação da empresa:** compatibilidade? 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/T.2.2012.tde-19022013-102050. Acesso em: 30 dez. 2019.

_____. Limites da autonomia privada nos planos de reorganização das empresas. **Publicação da Associação dos Advogados de São Paulo**, ano XXXVI, n. 131, out. 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. São Paulo: Malheiros Editora, 2014.

HARADA, Kiyoshi. Os aspectos tributários e as questões controvertidas. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords). **10 anos de vigência da lei de recuperação e falência: (Lei n. 11.101/2005):** retrospectiva geral contemplando a Lei n. 13.043/2014 e a Lei Complementar n. 147/2014. São Paulo: Saraiva, 2015.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Direito das Companhias**. 2. ed. atual. e ref. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

_____. A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 190:54-60, out./dez. 1992.

LEMOS, Eduardo. Viabilizando a recuperação judicial sem ou além da lei. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (Coord.). **Direito das empresas em crise:** problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira. **Empresa & Função Social**. Curitiba: Juruá, 2008.

LISBOA, Marcos de Barros et al. A racionalidade econômica da nova lei de falência e de recuperação de empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LOBO, Jorge. A empresa: novo instituto jurídico, **Revista da EMERJ**, v.5, n.17, 2002.

_____; In: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LUCCA, Newton de. **Da ética geral à ética empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____; DEZEM, Renata Mota Maciel. Dez anos de vigência da Lei 11.101/2005. Há motivos para comemorar? In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coords.). **10 anos da Lei nº 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência**. São Paulo: Almeida, 2015.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento partidário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. **O direito concursal das sociedades cooperativas e a lei de recuperação de empresas e falência**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MANGE, Eduardo Foz. Assembleia geral de credores na recuperação judicial. In: BRUSHI, Gilberto Gomes (Coord.). **Direito processual empresarial: estudos em**

homenagem ao Professor Manoel de Queiroz Pereira Calças. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MARCONDES, Sylvio. **Questões de Direito Mercantil**. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. **Problemas de direito mercantil**. São Paulo: Max Limand, 1970.

MARZAGÃO, Lídia Valério. A recuperação judicial. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENEZES, Mauricio Moreira Mendonça. **O poder de controle nas companhias em recuperação judicial**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Concurso de credores em geral: privilégios**. Concurso de credores civil, ano 1892/1979, atualizado por Manoel Justino Bezerra Filho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012 (coleção tratado de direito privado: parte especial; 27).

_____. **Direitos das obrigações: concordatas, crimes falenciais, liquidações administrativas**, ano 1892/1979, atualizado por Manoel Justino Bezerra Filho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012 (coleção tratado de direito privado: parte especial; 30).

MORAES FILHO, Evaristo. **Sucessão nas obrigações e a teoria da empresa**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Mootness doctrine e o direito brasileiro. Preservação dos atos validamente implementados no âmbito da recuperação judicial. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.). **10 anos da lei de recuperação de empresa e falência: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

_____. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. **Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais**, ano 10, n. 36, abr./jun. 2007.

_____. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Cessão Fiduciária de direitos de crédito e recuperação judicial de empresa. **Revista do Advogado**, n. 105. São Paulo: AASP, 2009.

NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

PACHECO, José da Silva. **Tratado das execuções: falência e concordata**. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. **Processo de falência e concordata** - comentário à lei de falência: doutrina, prática e jurisprudência. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de; COLOMBO, Giuliano. Venda de ativos na recuperação judicial: evolução desafios e oportunidades. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.). **10 anos da lei de recuperação de empresa e falência: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PINTO JUNIOR, Mário Engler. A teoria dos jogos e o processo de recuperação judicial. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Direito empresarial: falimentar e recuperação empresarial**, v. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

REIS, Renato Azevedo Dântes. O financiamento a empresas em recuperação judicial. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.). **10 anos da lei de recuperação de empresa e falência**: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio**. Tese apresentada para o concurso à Cátedra de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná. 1959.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa; SANTOS, Eronildes Aparecido Rodrigues. A sociedade de credores no processo falimentar. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.). **10 anos da lei de recuperação de empresa e falência**: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

_____. Cláusula de vencimento antecipado na recuperação judicial. **Revista do Advogado**, n. 131. São Paulo: AASP, 2016.

_____. **Fim da recuperação judicial**. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-emfoco/311643/ofimdarecuperacao-judicial>. Acesso em: 18 dez. 2019.

SANTOS, Paulo Penalva. Nota aos comentários à lei de falência (Decreto-Lei 7.661 de 21 de junho de 1945). In: VALVERDE, Trajano Miranda. **Direito Civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. **Tratado de direito falimentar**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SLATTER, S; LOVETT, D; LEMOS, E; FELSBURG, T **Como recuperar uma empresa: a gestão da recuperação do valor e da performance.** São Paulo: Atlas, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público.** Madri: Tecnos, 1992.

SZTAJN Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados.** São Paulo: Atlas, 2004.

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

TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, Jose Pedro; SPINELLI, Luís Felipe. **História do direito falimentar: da execução pessoal à preservação da empresa.** São Paulo: Almedina, 2018.

_____. **Recuperação de empresas e falência, teoria e prática na Lei 11.101/2005.** 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles. **Comentários à lei de recuperação de empresa e falência.** São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. A nova lei de falências e de recuperação de empresas. **Revista do Advogado**, ano XXV, n. 83, p. 103, set., 2005.

_____. A necessária reforma da lei de recuperação de empresa. **Revista do Advogado**, n. 131. São Paulo: AASP, 2016.

_____; PUGLIESI, Adriana Valéria. In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.). **Tratado de direito empresarial, V – recuperação empresarial e falência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

TOMAZZETE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas.** vol. III. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências (Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1965)**: arts. 1º ao 51. v I. 2 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

_____. **Comentários à Lei de Falências (Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1965)**: arts. 114 a 199. v III. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

VITALE JR., Ivan. Recuperação judicial da pequena empresa. In: BEZERRA FILHO, Manoel Justino (Org.) **Temas de direito da insolvência – estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino**. São Paulo: Editora IASP, 2017.

VIVANTE, Cesare. **Intuições de direito comercial**. Tradução de J. Alves de Sá. 3. ed. São Paulo: Livraria C. Teixeira, 1928.

WAISBERG. Ivo. O necessário fim dos credores não sujeitos à recuperação judicial. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.). **10 anos da lei de recuperação de empresa e falência: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

_____. A viabilidade da recuperação judicial do produtor rural. **Revista do Advogado**, n. 131. São Paulo: AASP, 2016.

_____. Garantias e recuperação judicial: alguns aspectos. In: BEZERRA FILHO, Manoel Justino (Org.) **Temas de direito da insolvência – estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino**. São Paulo: Editora IASP, 2017.

WALD, Arnoldo. O espírito empresarial, a empresa e a reforma constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCI**, 13/1995, out.-dez./1995.