

Atualidades

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL: DISPOSIÇÕES GERAIS, PEDIDO E PROCESSAMENTO

DANIEL ADENSOHN DE SOUZA

1. *Introdução.* 2. *Legislação estrangeira:* 2.1 *Direito concursal estadunidense;* 2.2 *Direito concursal francês;* 2.3 *Direito concursal português;* 2.4 *Direito concursal italiano;* 2.5 *Direito concursal argentino;* 2.6 *Direito concursal espanhol;* 2.7 *Direito concursal alemão.* 3. *Os princípios e diretrizes do Banco Mundial.* 4. *A introdução da recuperação judicial na Lei n. 11.101/2005.* 5. *Conceito e o objetivo da recuperação judicial.* 6. *Natureza jurídica.* 7. *As finalidades da recuperação judicial.* 8. *Sujeito ativo da recuperação judicial:* 8.1 *Legitimação extraordinária;* 8.2 *Exclusões legais;* 8.3 *Pressuposto objetivo;* 8.4 *Requisitos para requerer a recuperação judicial.* 9. *Sujeitos passivos da recuperação judicial:* 9.1 *Exclusões legais.* 10. *Meios de recuperação judicial.* 11. *Do pedido da recuperação judicial.* 12. *Do processamento da recuperação judicial.* 13. *Considerações finais.*

1. Introdução

Miguel Reale ensinou-nos que o Direito é um fenômeno histórico-social, sempre sujeito a variações e intercorrências, fluxos e refluxos no espaço e no tempo.¹

Logo, o sistema jurídico, embora operacionalmente fechado, sofre influências de outros sistemas (v.g., econômico e político), ou seja, do ambiente em que se encontra. Há, pois, como explicita Niklas Luhmann em sua teoria dos sistemas operacionalmente fechados e autopoieticos, uma abertura cognitiva ao ambiente (embora operacionalmente fechados), de modo a haver um acoplamento necessário entre tais sistemas.²

Assim, as transformações que ocorrem na sociedade têm relevância funda-

mental para o sistema jurídico. É a partir delas que se pode compreender a forma de variação das estruturas jurídicas.³

Temos por ilação que o sistema jurídico é sensível ao ambiente do sistema econômico, especialmente no tocante ao direito comercial, visto que se deve atentar para a evolução das relações comerciais e promover as alterações necessárias no arcabouço jurídico.

O direito comercial, através de um método indutivo, parte da observação da realidade, especificamente dos fatos econômicos,⁴ para tutelar a atividade dos empresários e os atos considerados comerciais.⁵ Esta característica, que o distingue

3. Celso Fernandes Campilongo, *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*, cit., p. 89.

4. Waldirio Bulgarelli, *Direito Comercial*, 15^a ed., p. 16.

5. Fran Martins, *Curso de Direito Comercial: Empresa Comercial, Empresários Individuais, Microempresas, Sociedades Comerciais, Fundo de Comércio*, 27^a ed., p. 3.

1. Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, 23^a ed., p. 14.

2. Sobre a obra de Niklas Luhmann v. Celso Fernandes Campilongo, *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*, 2002.

do direito civil, faz com que o direito comercial seja dinâmico e, por conseguinte, sujeito a maior interferência do cotidiano histórico-social. Deve, pois, o direito comercial atender as necessidades da vida econômica.

Na lição de Fran Martins, há, em suma, uma interação dialética entre o econômico e o jurídico, não sendo possível reduzir essa relação a nexos causais, nem tampouco a uma relação entre forma e conteúdo.⁶

Esta instrumentalidade do direito comercial, operacionalizada por um plexo de mecanismos, permite o desenvolvimento da economia, impulsionada por uma sociedade internacionalizada cada vez mais capitalista.

Muitos são os instrumentos previstos na legislação comercial para tutelar a atividade empresarial, especialmente a relação entre devedor e credor, permitindo o progresso da atividade econômica. Dentre eles, como salientou Tullio Ascarelli, as normas sobre a insolvência do empresário comercial constituem um dos capítulos mais importantes do direito comercial.⁷

Estas normas sobre a insolvência do empresário surgiram, com feição patrimonial, na Idade Média, com o direito estatutário medieval, notadamente nos estatutos de algumas cidades do norte da Itália (v.g., de Verona de 1228, de Siena de 1262). Começa assim o despertar do interesse público pelos casos de insolvência.⁸

Seu objetivo, em síntese, era permitir a satisfação do crédito dos credores, com a liquidação do patrimônio do devedor. Como informou Trajano de Miranda Valverde, a idéia era de que os bens do devedor constituíam a garantia comum dos credores.⁹

6. Miguel Reale, ob. cit., p. 21.

7. Tullio Ascarelli, *Corso di Diritto Commerciale*, p. 308.

8. Nelson Abrão, *Curso de Direito Falimentar*, 2^a ed., p. 4.

9. Trajano de Miranda Valverde, *Comentários à Lei de Falências*, vol. I, 2^a ed., p. 7.

Este finalidade permeou os diplomas legais sobre direito concursal até o advento do *Chandler Act*, em 1938. O *Chandler Act* trouxe inovações substanciais ao direito concursal, que influenciaram diversos países, os quais passaram a “oferecer às empresas em crise solução jurídica da *corporate reorganization*, pela qual eram afastados os dirigentes da devedora, sempre que o passivo fosse superior a US\$ 250.000, e se apresentava um plano, que deveria ser aprovado pelos credores e confirmado pelo juiz”.¹⁰

A principal inovação trazida com o *Chandler Act* foi a mudança de paradigma, qual seja: a oportunidade de saneamento da crise econômica das empresas, ao invés da liquidação imediata dos ativos devedor.

Esse novo pensamento, embora moderno e focado na importância econômico-social da empresa, demorou a influenciar o direito concursal continental europeu. Mas, com o passar dos anos, acabou por permear legislações de todo o mundo, inclusive a do Brasil, adequando-as à realidade econômica.

Ora, “a existência de uma legislação falimentar eficiente é fundamental para o ambiente econômico (...) essa importância surge a partir da constatação teórica de que um sistema de resolução de insolvências que cria um mecanismo ordenado de resolução de conflitos e coordenação de interesses para empresas com problemas financeiros ou até mesmo falidas gera resultados eficientes do ponto de vista econômico”.¹¹ Igualmente, a manutenção no mercado de empresas inviáveis economicamente acarreta um indesejável custo social.

10. Paulo F. Campos Salles de Toledo, “Recuperação judicial: a principal inovação da Lei de Recuperação de Empresas – LRE”, *Revista do Advogado* 83/98-99.

11. Marcos de Barros Lisboa et al., in Luiz Fernando Valente de Paiva (coord.), *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, p. 31.

Finalmente, com a promulgação da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, o direito concursal brasileiro, antes anacrônico e ineficaz, passou a prever instrumentos modernos e atentos à realidade socioeconômica, que permitem, ao menos é o que se espera, a recuperação das empresas economicamente viáveis e a retirada do mercado daquelas irrecuperáveis, com uma potencializada realização do ativo.

O novo diploma concursal eliminou a tão criticada concordata (preventiva e suspensiva), instituindo a recuperação judicial e extrajudicial do devedor (empresário ou sociedade empresária), com vistas a permitir o soerguimento da empresa, com o saneamento da crise econômico-financeira em que se encontra.

Adiante, analisaremos os principais contornos do novel instrumento de recuperação judicial, quiçá a mais relevante modificação introduzida em nosso direito concursal.

2. Legislação estrangeira

A Lei n. 11.101/2005 alterou radicalmente o direito concursal brasileiro, incorporando princípios e mecanismos propalados pelo Banco Mundial, e constantes na legislação de países reconhecidamente mais avançados em se tratando de direito falimentar.

Assim, para melhor inteleção destas mudanças, é importante, ainda que superficialmente, referência a algumas destas legislações, que prevêem, cada qual com suas peculiaridades, um procedimento com vistas à reestruturação das empresas em crise.

2.1 Direito concursal estadunidense

Nos Estados Unidos da América existem leis sobre falência desde o início do século XVIII¹² e sempre foram atreladas a

12. A primeira lei sobre o tema foi promulgada em 1800, seguida das leis de 1841, 1867, 1898.

épocas de dificuldades econômicas. Nesse sentido, com a depressão econômica que assolou a economia norte-americana na década de 1930, houve necessidade de rever substancialmente a legislação concursal, reforma esta iniciada com o *Bankruptcy Act* de 1933, modificada em 1934 e, finalmente, substituída pelo *Chandler Act*, promulgado em 1938.

O *Chandler Act* trouxe inovações substanciais ao direito concursal, que influenciaram diversos países, especialmente a mudança de paradigma, passando-se a oferecer às empresas em crise solução jurídica da *corporate reorganization*, pela qual eram afastados os dirigentes da devedora, e se apresentava um plano, que deveria ser aprovado pelos credores e confirmado pelo juiz. Até então o direito concursal tinha por atividade escopo precípua a satisfação dos interesses dos credores, com a liquidação dos bens do devedor.

Quatro décadas após o *Chandler Act*, foi promulgado o *Bankruptcy Act*, o qual entrou em vigor em 1º de outubro de 1979. O *Bankruptcy Act* enfatizou a reestruturação das empresas em crise, notadamente em seu *Chapter 11*.

De acordo com o *Chapter 11*, que trata da *reorganization*, abre-se possibilidade de o devedor poder prosseguir no exercício da atividade empresarial, com vistas à sua recuperação. O devedor, ou em seu lugar o *trustee*,¹³ apresenta um plano de reorganização, prevendo a forma de pagamento das dívidas, o qual deverá ser discutido com os credores e por eles aprovado,¹⁴ cujos interesses são representados por um ou mais comitês e homologado pelo juiz.

Caso o plano não seja aprovado pelos credores, o juiz pode, mesmo assim, homologá-lo, se tal recusa não tiver sido ra-

13. O U.S. *Trustee* é uma espécie de síndico, vinculado ao Departamento de Justiça, que fiscaliza as atividades do devedor, incluindo o envio dos relatórios e os pagamentos.

14. *Bankruptcy Code*, *Chapter 11*, § 1.103, (c), (3).

zoável.¹⁵ Este mecanismo é chamado de *cram-down*. Após a homologação do plano, o devedor deve cumprir pontualmente as obrigações nele assumidas, sob pena de ver declarada sua falência.¹⁶

O *Bankruptcy Code* dá ao devedor liberdade para negociar com os credores, prevendo, entretanto, algumas sugestões para a possível execução do plano de reorganização. São elas:

I – retenção pelo devedor da propriedade de todo o acervo de bens ou de parte dele;

II – transferência desses bens, integral ou parcialmente, para uma ou mais entidades, organizadas antes ou após a confirmação de tal plano;

III – utilização do mecanismo da fusão ou incorporação do devedor a outras empresas;

IV – venda integral ou parcial dos bens, gravados ou não, sob qualquer vínculo, ou distribuição desses mesmos bens ou de parte deles, com direito real sobre eles;

V – satisfação ou alteração de algum gravame;

VI – cancelamento ou alteração de escritura ou de documento semelhante;

VII – supressão ou desistência de inadimplemento;

VIII – prorrogação da data do vencimento ou modificação da taxa de juros dos títulos e valores mobiliários em circulação;

IX – alteração dos estatutos;

X – lançamento de valores mobiliários do devedor para a venda no mercado ou para o fim de troca das obrigações já existentes.

Por fim, note-se que, neste sistema, os credores têm um papel fundamental, pois, como visto, deverão aprovar o plano e fis-

calizar seu escorreito cumprimento pelo devedor, assim como se verifica uma evidente separação empresa e empresário.

Estes princípios, dentre outros, influenciaram as legislações posteriores de diversos países, como se poderá, brevemente, verificar.

2.2 Direito concursal francês

A França foi o primeiro país a introduzir em seu direito concursal os novos dogmas¹⁷ trazidos pelo *Chandler Act* estadunidense, ainda que quase cinco décadas após, através da Lei n. 85-98, de 25 de janeiro de 1985.¹⁸

Atualmente, vige em França o Código de Comércio de 2001, o qual, objetivando a preservação das empresas em crise, prevê ao lado da liquidação judicial da empresa o *redressement judiciaire*.

O Código Comercial francês prevê, em suma, três institutos: o *sauvegarde*, o *redressement* e a *liquidation judiciaires*. Cita-se, por oportuno a sucinta diferenciação de *sauvegarde* do *redressement*, contida na Exposição de Motivos do projeto de lei:

17. Fábio Konder Comparado salienta que: “Foi somente na França que o legislador percebeu o fato óbvio de que a insolvabilidade de uma empresa de interesse social pode afetar não apenas a massa dos credores, mas também e sobretudo o equilíbrio econômico e social da região, ou mesmo do país. A ordenação Francesa n. 67-820, de 23.9.1967, instituiu um processo extraordinário de reerguimento econômico e financeiro para as empresas insolváveis ‘cujo desaparecimento poderia causar grave perturbação à economia nacional ou regional e ser evitado em condições compatíveis com o interesse dos credores’. Já se reconheceu que essa medida excepcional não se aplica unicamente às macro-empresas em situação crítica: uma unidade empresarial de dimensões reduzidas pode representar um elo insubstituível numa cadeia de produção, de tal sorte que a sua falência perturbaria gravemente o funcionamento de outras empresas, com reflexos na economia regional ou nacional” (Fábio Konder Comparado, *Direito Empresarial: Ensaios e Pareceres*, p. 15).

18. Paulo F. Campos Salles de Toledo, art. cit., p. 99.

15. Paulo F. Campos Salles de Toledo, “Recuperação judicial...”, cit., *Revista do Advogado* 83/99.

16. *Bankruptcy Code*, Chapter 11, § 1.112, (b).

[a] la différence de la procédure de sauvegarde, la procédure de redressement judiciaire peut être orientée vers la préparation d'un plan de cession de l'entreprise. Même si ce dernier est réalisé par une procédure liquidative, il est nécessaire qu'il puisse être préparé antérieurement au prononcé de la liquidation. Le projet de plan de redressement peut ainsi intégrer des offres d'acquisition, que le tribunal examinera à l'issue de la période d'observation, s'il estime l'une d'elles préférable à la solution de continuation le cas échéant proposée par le débiteur.

Como ensina Paulo F. C. Salles de Toledo, o *redressement* destina-se, por expressa disposição legal (art. L. 620-1 do Código de Comércio), a permitir a preservação da empresa, a manutenção de sua atividade e do emprego, além do pagamento do passivo.¹⁹

Há, pois, um período de observação das atividades da empresa, findo o qual é elaborado um *bilan* sobre a situação econômica e social da empresa e um projeto de um plano de reestruturação (*plan de redressement de l'entreprise*)²⁰ Este plano versará sobre a continuação ou cessão da empresa.²¹ Caso nenhum destes objetivos seja atingível, a empresa terá sua liquidação decretada.

Embora o diploma legal francês vise à preservação da empresa e haja um discri-men entre empresa e empresário, diferen-te mente do direito concursal estaduniden-se, os credores não têm papel relevante, pois atuam indiretamente, por meio de um representante, no processo de reestruturação da empresa.

2.3 Direito concursal português

O direito concursal português foi recentemente alterado, através do Decreto-

lei n. 53, de 18 de março de 2004, que entrou em vigor em 15 de setembro do mesmo ano, nos termos de seu art. 3º.

Neste diploma é previsto o denomina-do “processo de insolvência”, consistente em um processo de execução universal que tem como finalidade a liquidação do patrimônio de um devedor insolvente e a reparti-ção do produto obtido pelos credores, ou a satisfação destes pela forma prevista num “plano de insolvência”, que nomeadamen-te se baseie na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente.²² Portanto, a satisfação dos créditos, da forma mais eficiente possível, é o objetivo do processo de insolvência.

Paulo F. C. Salles de Toledo destaca a opção do legislador português por um pro-cesso uno, que pode ensejar a recuperação da empresa ou sua liquidação.²³ Em qual-quer das hipóteses, pressupõe-se uma situa-ção de insolvência, na qual o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas.²⁴

Na esteira da legislação estaduniden-se, os credores têm papel relevante, atuan-do efetivamente no processo através da Comissão de Credores²⁵ e da Assembléia de Credores,²⁶ ressalvando que esta última é presidida pelo juiz.²⁷ Cabe a eles decidir se o pagamento de seus créditos dar-se-á com a total liquidação do patrimônio do devedor ou através da aprovação de um plano de insolvência, com o fito de manter a empresa em atividade, sob a administra-ção do próprio devedor ou de terceiros.

Houve em Portugal uma redução da intervenção do juiz no processo, o que, como veremos adiante, também ocorre no

22. Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, art. 1º.

23. Paulo F. Campos Salles de Toledo, art. cit., p. 100.

24. Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, art. 3º.

25. Idem, art. 66º.

26. Idem, art. 72º.

27. Idem, art. 74º.

19. Ibidem.

20. *Chapitre I^{er}, Section 1, Articles L. 621-1 à L. 621-61.*

21. *Chapitre I^{er}, Section 2, Articles L. 621-62 à L. 621-101.*

Brasil, sendo, entretanto, reservada ao juiz a decretação da insolvência do devedor.

Nos termos do art. 192 do Código, o pagamento dos créditos sobre a insolvência, a liquidação da massa insolvente e a sua repartição pelos titulares daqueles créditos e pelo devedor, bem como a responsabilidade do devedor depois de findo o processo de insolvência, podem ser regulados num plano de insolvência. Este plano de insolvência obedece, via de regra, ao princípio da igualdade dos credores, assim como deve, em seu conteúdo, indicar claramente as alterações dele decorrentes para as posições jurídicas dos credores da insolvência; explicitar a sua finalidade; descrever as medidas necessárias à sua execução, já realizadas ou ainda a executar; e conter todos os elementos relevantes para efeitos da sua aprovação pelos credores e homologação pelo juiz.

Evidentemente, o plano deve ser exequível e prever as taxativas providências para satisfação dos credores, previstas no art. 196:

- a) O perdão ou redução do valor dos créditos sobre a insolvência, quer quanto ao capital, quer quanto aos juros, com ou sem cláusula "salvo regresso de melhor fortuna";
- b) O condicionamento do reembolso de todos os créditos ou de parte deles às disponibilidades do devedor;
- c) A modificação dos prazos de vencimento ou das taxas de juro dos créditos;
- d) A constituição de garantias;
- e) A cessão de bens aos credores.

O plano pode ser rejeitado de ofício pelo juiz, e também caso o administrador da insolvência se opuser a sua admissão, com a concordância da comissão de credores. Por outro lado, se o plano for verossímil, o juiz convocará a assembléia de credores, que poderá aprovar o plano, inclusive com alterações.

A proposta de plano de insolvência considera-se aprovada se, estando presen-

tes ou representados na reunião, credores cujos créditos constituam, pelo menos, um terço do total dos créditos com direito de voto, recolher mais de dois terços da totalidade dos votos emitidos e mais de metade dos votos emitidos correspondentes a créditos não subordinados, não se considerando como tal as abstenções.²⁸

Ademais, afora o plano de insolvência supra comentado, o devedor tem a faculdade de apresentar, conjuntamente com a petição inicial do processo de insolvência, um plano de pagamentos aos credores.²⁹ É, outrossim, permitido a terceiros (e.g., credores e Ministério Público) apresentar pedido de insolvência do devedor, facultando a este, ao invés de contestar, apresentar um plano de pagamento.

Neste plano, o devedor, além de confessar a situação de insolvência, ao menos iminente, deve apresentar uma proposta de satisfação dos direitos dos credores que acautele devidamente os interesses destes, de forma a obter a respectiva aprovação.

Ao contrário do plano de insolvência, o plano de pagamento pode designadamente prever moratórias, perdões, constituições de garantias, extinções, totais ou parciais, de garantias reais ou privilégios creditórios existentes, um cronograma de pagamentos ou o pagamento numa só prestação e a adoção pelo devedor de medidas concretas de qualquer natureza susceptíveis de melhorar a sua situação patrimonial.³⁰ Pode o devedor, ainda, incluir no plano de pagamentos créditos cuja existência ou montante não reconheça, com a previsão de que os montantes destinados à sua liquidação serão objeto de depósito junto de intermediário financeiro.

Se o plano tiver sido aceito por credores cujos créditos representem mais de dois terços do valor total dos créditos, e haja objeções, pode tribunal suprir a aprovação

28. Idem, art. 212º.

29. Idem, art. 251º.

30. Idem, art. 252º.

dos demais³¹ (*cram down*), de modo que plano será homologado pelo juiz.

Caso o plano de pagamento venha a ser rejeitado, será proferida sentença de declaração de insolvência.³²

2.4 Direito concursal italiano

O novel Decreto legislativo n. 5, de 9 de janeiro de 2006, levou a cabo a segunda parte da reforma do direito concursal italiano, iniciada com o Decreto-lei 35, de 14 de março de 2005, que gerou uma nova disciplina de concordata preventiva e da revocatória concursal, além de instituir, pela primeira vez no direito positivo italiano, os acordos de reestruturação das dívidas.

Esta segunda fase, intitulada “Reforma orgânica da disciplina dos procedimentos concursais”, que entrou em vigor em 9 de julho de 2006, deixou o direito concursal italiano *pari passu* com o restante da Europa, adequando a disciplina italiana às novas exigências do mercado.

Segundo Stefania Pacchi, não houve subversão da estrutura concursal, permanecendo caracterizada por um procedimento satisfativo (a quebra); por um procedimento concordatório sob o controle da autoridade judicial (a concordata preventiva); por dois procedimentos administrativos (a liquidação satisfativa e a administração extraordinária das grandes empresas

31. Cf. art. 258º e desde que: “a) para nenhum dos oponentes decorra do plano uma desvantagem económica superior à que, mantendo-se idênticas as circunstâncias do devedor, resultaria do prosseguimento do processo de insolvência, com liquidação da massa insolvente e exoneração do passivo restante, caso esta tenha sido solicitada pelo devedor em condições de ser concedida; b) os oponentes não sejam objecto de um tratamento discriminatório injustificado; c) os oponentes não suscitem dúvidas legítimas quanto à veracidade ou completude da relação de créditos apresentada pelo devedor, com reflexos na adequação do tratamento que lhes é dispensado”.

32. Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, art. 255º.2.

insolventes que, alternativamente, pode ter finalidade liquidatória-satisfativa mediante a cessão do complexo empresarial, ou conservatória mediante a reestruturação da empresa).³³

Foi revogada a administração controlada (procedimento conservatório, mas não satisfativo) e foram introduzidos os acordos de reestruturação das dívidas sujeitos à homologação do tribunal.

Seguindo a tendência das mais modernas legislações em matéria concursal, o fio condutor da reforma é a gestão privada da crise, ou seja, as partes (devedor e credores) melhor que o juiz podem vislumbrar a solução da crise.³⁴

Esta alteração de paradigma ensejou a modernização da lei, com a disposição de instrumentos adequados, como os acordos para reestruturação das dívidas e com a isenção da revocatória dos planos extrajudiciais de composição das crises.

Percebendo que a crise não é só uma controvérsia entre devedor e credores, afetando o complexo empresarial e a coletividade, asseverou o legislador italiano “que empresário e credor são livres para assumir e modelar segundo seus próprios interesses as soluções da crise e o juiz desenvolve sua tarefa natural de resolver as controvérsias e de controlar a regularidade dos atos”.

Assim, com a privatização da gestão da crise, foi reestruturada a atuação dos órgãos da falência. A nova lei confirmou a transferência da gestão da crise das mãos da autoridade judicial para as partes (devedor e credores), como já havia ocorrido na reforma da concordata preventiva.

Estas alterações levaram à redefinição dos órgãos da falência (tribunal, juiz, curador e comitê de credores). A autoridade judicial perdeu, desta forma, a centrali-

33. Stefania Pacchi, “La reforma del derecho concursal italiano”, in *Derecho de los Negocios* 187/8.

34. Idem, *ibidem*.

dade, sendo que o eixo do processo é, agora, o curador, que terá ao seu lado um comitê de credores renovado e potencializado. Em síntese, o comitê de credores se converteu em órgão de direção do procedimento, substituindo muitas das competências que outrora ficavam a cargo do juiz.

Com o objetivo de permitir uma intervenção antecipada sobre a empresa em crise, visando à recuperação do negócio, foi ampliada a possibilidade de utilização da concordata preventiva, com a supressão dos requisitos subjetivos.

Os credores, diante de uma proposta de concordata preventiva, avaliarão sua conveniência, tomando ou não em consideração a administração anterior e, por conseguinte, as irregularidades administrativas e as eventuais condenações penais. O juiz não pode intervir nestas avaliações, que são totalmente privadas.

Destarte, a nova concordata já não se apóia no estado de insolvência, mas sim sobre o estado de crise. O “coração” da petição vem a ser plano com o qual o empresário propõe-se a superar a crise e pode prever objetivo de satisfação e/ou de utilização do potencial da empresa.³⁵

A lei não prevê que a solicitação de concordata deva conter uma oferta de pagamento mínimo, tampouco impõe a apresentação de garantias idôneas. A forma de satisfação dos credores pode ser diversificada e pode fazer-se com pagamento em dinheiro, cessão de bens, assunção de obrigações etc., inclusive com a entrada do credor como acionista (disposição esta inspirada no recente caso Parmalat).

O tribunal apenas verifica se a documentação está completa e regular, avaliando se estão corretos ou não os critérios de formação das classes dos credores, mas não entra no mérito do plano.

A concordata será aprovada se houver voto favorável dos credores que represen-

tem a maioria dos créditos admitidos a voto. Os credores privilegiados, que na nova disciplina devem receber satisfação imediata e integral, estão excluídos do voto, a menos que decidam renunciar a garantia.

Havendo classes de credores, é necessário que se obtenha a maioria dos votos em cada classe. Todavia, a exemplo do *cram down* estadunidense, pode-se prescindir, se o tribunal verificar que em todo o caso se obteve a maioria dos votos dos credores e a proposta tenha sido aprovada pela maioria das classes.

A despeito das alterações no instituto da concordata, a recente lei concursal italiana introduziu no ordenamento jurídico os acordos de reestruturação³⁶ (*accordi di ristrutturazione di debiti*), que se aproximam sobremaneira da recuperação extrajudicial de nossa Lei de Recuperação de Empresas.

Em suma, o devedor pode apresentar um acordo de reestruturação das dívidas estipulado com os credores responsáveis por pelo menos 60% dos créditos quirografários, juntando uma relação, redigida por um experto, sobre a efetividade do acordo, com referência particular a idoneidade para assegurar o pagamento regular aos credores estranhos.

O início do procedimento é similar à concordata preventiva, mas com ela não se confunde. O devedor, empresário comercial não pequeno³⁷ de natureza privada, prescindindo do estado no qual se encontre (dificuldade transitória, pré-crise, crise ou insolvência), poderá promover, antes de recorrer à autoridade judicial, um acordo com seus credores, para alcançar o ajuste do passivo.

36. Cf. art. 146 do Decreto legislativo n. 5, de 9.1.2006, que alterou o art. 182-ter do Decreto Real n. 267, de 16.3.1942.

37. A definição de pequeno empresário será determinada de acordo com vários parâmetros, incluindo o número dos empregados, o valor dos investimentos e faturamento.

35. Stefania Pacchi, ob. cit., *passim*.

Se a proposta for aprovada pelos credores que representem pelo menos 60% dos créditos, poderá requer ao juiz a homologação do acordo.

A lei não dispõe como se deve alcançar o acordo e nem impõe outros requisitos. Como o devedor negocia diretamente com os credores, admite-se toda a forma legal de transação, inclusive em relação aos créditos privilegiados. O objetivo do acordo pode, assim, ser a satisfação dos credores e/ou a conservação da empresa, promovendo novos investimentos, ou cedendo em arrendamento ou liquidando a empresa.

2.5 Direito concursal argentino

Na Argentina vige a Lei 24.522 (*Ley de Concursos y Quiebras*), publicada em 9 de agosto de 1995, posteriormente alterada pela Lei 25.589, de 16 de maio de 2002. Destaca-se na moderna legislação Argentina os *acuerdos preventivos*, que permitem ao devedor apresentar proposta de acordo a cada classe de credores, com o fito de viabilizar a manutenção da empresa. Via de regra, o devedor permanecerá na administração dos negócios, sob a supervisão do síndico e do comitê de credores.

A proposta de acordo preventivo poderá consistir em “quita, espera o ambas; entrega de bienes a los acreedores; constitución de sociedad con los acreedores quirografarios, en la que éstos tengan calidad de socios; reorganización de la sociedad deudora; administración de todos o parte de los bienes en interés de los acreedores; emisión de obligaciones negociables o debentures; emisión de bonos convertibles en acciones; constitución de garantías sobre bienes de terceros; cesión de acciones de otras sociedades; capitalización de créditos, inclusive de acreedores laborales, en acciones o en un programa de propiedad participada”, ou em qualquer outro acordo que se obtenha dentro de cada classe de

créditos, desde que aprovado por todos os credores abrangidos pela proposta.³⁸

Nesse diapasão, deve-se observar o princípio da *par conditio creditorum*, de modo que as propostas devem conter condições iguais para os credores de uma mesma classe. Caso a proposta preveja o pagamento, ainda que em forma diversa da originalmente estabelecida, o devedor deve oferecer, pelo menos, 40% dos créditos quirografários anteriores à apresentação da proposta.

Nos termos do art. 45 da Lei, para obter a aprovação da proposta de *acuerdo preventivo*, o devedor deverá apresentar ao tribunal, até o fim do prazo previsto em lei, a proposta com o aceite, por instrumento público, da maioria absoluta dos credores dentro de todas e em cada uma das classes, que representem dois terços do valor dos créditos dentro de cada classe.

A proposta deverá, também, ser instruída com um plano prevendo o regime de administração e de limitações dos atos de gestão aplicável a cada etapa de cumprimento, e a constituição de um comitê de credores, formado por credores que representem a maioria dos créditos, que acompanhará e fiscalizará a execução do plano.

Se o devedor não apresentar o plano de acordo no prazo legal, ou caso não obtenha a aceitação da maioria dos credores, observado o disposto no art. 45, será decretada sua falência.³⁹

Quando se tratar o devedor de sociedade limitada, sociedade por ações, cooperativas ou sociedade de economia mista, é previsto, também, alguns casos em que os credores ou terceiros interessados na aquisição da empresa poderão formular propostas ao juiz, que fixará o valor patrimonial da empresa. Nesta hipótese, os interessados deverão apresentar propostas de acordo, e obter a aceitação dos credores nos percentuais previstos no art. 45. Lograda a aceita-

38. *Ley de Concursos y Quiebras*, art. 43.

39. *Idem*, art. 46.

ção dos credores, e apresentada ao tribunal a documentação exigida, concomitantemente com o depósito judicial de quantia equivalente a 25% do valor da oferta, o acordo é homologado, transferindo-lhe a totalidade da participação dos sócios ou acionistas na sociedade devedora.

Destaca-se, outrossim, que é permitido aos credores apresentar impugnações ao acordo, fundamentadas exclusivamente nas seguintes hipóteses: erro no cômputo da maioria necessária; falta de representação dos credores que concorram para formar a maioria nas classes; aumento fraudulento do passivo; ocultação ou aumento fraudulento do ativo; ou, finalmente, inobservância das formalidades legais para celebração do acordo.⁴⁰ Julgando procedente a impugnação, será decretada a quebra; caso contrário, o acordo será homologado.

Por derradeiro, mister mencionar que a lei Argentina prevê também o *acuerdo preventivo extrajudicial*, que guarda semelhança com a recuperação extrajudicial de nossa Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Em síntese, trata-se de uma negociação extrajudicial levada a cabo pelo devedor com os credores, de conteúdo flexível, submetida à homologação do juiz. O acordo deve ter a aceitação da maioria absoluta dos credores que representem dois terços do passivo total, quirografário e privilegiado, sendo possível aos credores excluídos do acordo apresentar oposição.

Como se pode observar, a legislação concursal Argentina, seguindo a tendência de privatização das soluções de controvérsias, outorga aos credores papel relevante na reestruturação do devedor.

2.6 Direito concursal espanhol

Em 1º de setembro de 2004,⁴¹ entrou em vigor na Espanha a Lei 22, de 9 de julho de 2003. A reforma introduzida por

40. Idem, art. 50.

41. O prazo de *vacatio legis* foi previsto na disposição final trigésima quinta da lei.

esta lei “no supone una ruptura con la larga tradición concursal española, pero sí una profunda modificación del derecho vigente, en la que se han tenido en cuenta las aportaciones doctrinales y prelegislativas realizadas en el ámbito nacional y las más recientes concreciones producidas en la legislación comparada, así como los instrumentos supranacionales elaborados para la unificación y la armonización del derecho en esta materia”.⁴² Com a novel lei, o direito concursal espanhol assimilou os princípios e mecanismos mundialmente propalados de proteção ao direito dos credores através da possibilidade de reestruturação das empresas economicamente viáveis e da retirada do mercado daquelas inviáveis.

Como reportou Paulo F. C. Salles de Toledo, “[a] finalidade essencial do diploma, conforme expressa sua Exposição de Motivos, é a satisfação dos credores”.⁴³

A lei prevê um procedimento único, denominado concurso, que poderá ser requerido pelo devedor, pessoa física ou jurídica,⁴⁴ em estado de insolvência,⁴⁵ ou por qualquer credor.

O processo é permeado por um claro interesse na manutenção da empresa, com sua conservação do modo mais conveniente para o concurso,⁴⁶ ressaltando que a decretação do concurso não interrompe a continuação da atividade profissional ou empresarial que vinha exercendo o devedor.⁴⁷ No caso de concurso voluntário (autofalência) o devedor permanecerá na administração dos negócios, ao passo em que no *concurso necesario*, o devedor será afastado, passando-se a administração e

42. Cf. Exposição de Motivos.

43. Paulo F. Campos Salles de Toledo, “Recuperação judicial...”, cit., *Revista do Advogado* 83/100.

44. Lei Concursal, art. 1.1.

45. Lei Concursal, art. 2, que “se concibe como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones”.

46. Idem, art. 43.1.

47. Idem, art. 44.

disposição do patrimônio do devedor ao administrador concursal.⁴⁸

O procedimento consiste em uma fase inicial comum, que culminará no denominado convênio ou na liquidação. Interessanos, aqui, o convênio, que se inicia com o final da fase comum, após, portanto, eventuais impugnações sobre o inventário e a lista de credores apresentados.⁴⁹

Consiste o convênio, em regra, na formulação de proposta pelo devedor, ou pelos credores, para o pagamento (que não poderá exceder a metade do valor de cada um dos credores) ou moratória (que não poderá ultrapassar cinco anos contados do deferimento do convênio pelo juiz) das dívidas, podendo-se cumular ambas. O convênio, a rigor, não poderá incluir os créditos privilegiados, que, nos termos da lei espanhola (art. 90), referem-se aos créditos com garantia real.⁵⁰ Os credores privilegiados, entretanto, poderão votar a favor ou aderir ao convênio, casos em que estarão sujeitos a seus efeitos.

As propostas deverão ser acompanhadas de um plano de viabilidade, com a descrição detalhada dos pagamentos, e poderão conter oferta de conversão do crédito em ações, participações ou cotas sociais, assim como de venda em conjunto de bens ou direitos ou de unidades produtivas a terceiros.

Interessante notar que os credores poderão aderir a qualquer proposta de convênio. Esta adesão, que independe de deliberação em assembléia, será pura e simples, sem introduzir modificações ou condições.⁵¹

O convênio será homologado pelo juiz, se aprovado pelos credores constituídos em assembléia (*Junta de Acreedores*). Para aprovação do convênio, é necessário o voto de pelo menos a metade do passivo

48. Idem, art. 40.

49. Idem, art. 98.

50. Idem, art. 134.2.

51. Idem, art. 103.

ordinário do concurso. Todavia, quando a proposta consista no pagamento integral dos créditos ordinários, em prazo não superior a três anos, ou em pagamento imediato dos créditos ordinários vencidos em até vinte por cento, será suficiente que vote em seu favor uma porção do passivo ordinário superior à que vote contra.⁵²

Como salientou Paulo F. C. Salles de Toledo, “[o] papel atribuído aos credores não é tão saliente quanto o conferido por outras legislações. Tanto assim que a assembléia de credores apenas atua nos convênios e, mesmo assim, caso não tiver o devedor apresentado proposta antecipada”.⁵³

2.7 Direito concursal alemão

No tocante ao direito concursal alemão, informa Paulo F. C. Salles de Toledo que “na Alemanha, a velha Lei de Falências, editada em 1877, foi substituída pela moderna Lei de Insolvência (*Insolvenzordnung*, ou, abreviadamente, *InsO*), de 5 de outubro de 1994”.⁵⁴

Esta moderna lei concursal, que atribui aos credores relevante papel, prevê, em suma, três modalidades de plano de insolvência, notadamente: de saneamento, de liquidação, ou de transferência total ou parcial do patrimônio da empresa.⁵⁵

O plano de saneamento é o instrumento que visa, com atuação importante dos credores, através de assembléia geral ou comissão de credores, a manutenção da empresa. O plano prevê uma parte descritiva das medidas adotadas pelo devedor e os dados básicos necessários ao seu exame, e uma parte organizatória, que dispõe quanto

52. Lei Concursal, art. 124.

53. Paulo F. Campos Salles de Toledo, art. cit., p. 101.

54. Idem, art. cit., p. 99.

55. Cf. Dora Berger, *A Insolvência no Brasil e na Alemanha*, apud Paulo F. Campos Salles de Toledo, “Recuperação judicial...”, cit., *Revista do Advogado* 83/100.

às modificações na posição jurídica dos participantes.

3. Os princípios e diretrizes do Banco Mundial

É importante, outrossim, antes de adentrar à nova lei de recuperação de empresas, aludir aos *Principles and Guidelines* do Banco Mundial. Tais princípios e diretrizes foram engendrados após estudos sobre as melhores práticas (*best practices*) internacionais para solução do problema de insolvência das empresas,⁵⁶ e têm por objetivo guiar o aprimoramento do direito concursal dos países em desenvolvimento.

Tratam-se de 35 princípios, divididos em 5 grupos. Os cinco primeiros referem-se à estrutura legal para os direitos dos credores. Os sistemas de execução e insolvência estabilizam as relações comerciais e estimulam um comportamento empresarial responsável, de modo que deve haver um equilíbrio entre as políticas de crédito e de reorganização das empresas. Igualmente, devem ser previstos eficazes procedimentos de execução.

Os *principles* de número 6 a 16 aludem ao arcabouço legal relativo à insolvência da empresa. São realçados no princípio 6 os seguintes objetivos:

- integrar-se com os mais amplos sistemas legais e comerciais do país;
- maximizar o valor dos ativos da empresa, possibilitando sua reorganização;
- estabelecer o equilíbrio entre a liquidação e a reorganização da empresa;
- permitir o trato igualitário dos credores de uma mesma classe, incluídos os credores locais e estrangeiros;
- evitar o desmembramento prematuro do ativo do devedor por credores individuais que buscam sentenças rápidas;

56. Cf. *Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems*, obtido no sítio do Banco Mundial na internet, www.worldbank.org/gild.

- facilitar a resolução oportuna, eficiente e imparcial das insolvências;
- dispor um procedimento transparente que conte em incentivos à reunião e compilação de informação;
- reconhecer os direitos existentes dos credores e respeitar as prioridades;
- dispor sobre as insolvências estrangeiras, com o reconhecimento dos procedimentos alienígenas.

Ainda, prevê-se a responsabilização dos diretores e administradores pelas decisões prejudiciais aos credores tomadas quando a empresa é insolvente (*principle 7*), assim como se determina a sujeição de todas as empresas aos processos de insolvência, excetuando-se as instituições financeiras e as empresas de seguro (*principle 9*). Nos processos de insolvência no que concerne à *governance*, pode-se entregar a administração da empresa para um administrador nomeado pelo juiz, ou manter o devedor à frente dos negócios, com a supervisão de um administrador e dos credores (*principle 11*). Os interesses dos credores serão salvaguardados mediante a constituição de comitês, que fiscalizarão o processo. Para a deliberação de assuntos de grande importância, deve-se prever a convocação de assembléia geral de credores (*principle 12*).

Os princípios de número 17 a 24 tratam das características relativas à reorganização da empresa. Frisa-se que, para ser comercial e economicamente eficaz, a legislação deve estabelecer procedimentos de reorganização flexíveis, céleres e de fácil acesso, e que, ao mesmo tempo, possibilitem a negociação de um plano de reorganização que permita à maioria dos credores a favor do plano, através de votação, obrigar todos os demais credores.

Os acordos e reestruturações informais das empresas são tratados nos princípios 25 e 26, sendo recomendada a elaboração de um código de conduta pelo Banco Central ou Ministério da Fazenda.

Os demais princípios concernem à implementação de sistemas de insolvência,

prevendo-se a existência de tribunais especializados e normas que possibilitem processos de insolvência transparentes e responsáveis, evitando-se as fraudes e demais atividades ilegais.

4. A introdução da recuperação judicial na Lei n. 11.101/2005

Criticando a hoje revogada Lei de Falências (Decreto-lei 7.661, de 21 de junho de 1945), Fábio Konder Comparato, nos idos de 1970, destacava que “o mínimo que se pode dizer nessa matéria é que o dualismo no qual se encerrou o nosso Direito Falimentar – proteger o interesse pessoal do devedor ou o interesse dos credores – não é de molde a propiciar soluções harmoniosas no plano geral da economia. O legislador parece desconhecer totalmente a realidade da empresa, como centro de múltiplos interesses – do empresário, dos empregados, dos sócios capitalistas, dos credores, do fisco, da região, do mercado em geral – desvinculando-se da pessoa do empresário. De nossa parte, consideramos que uma legislação moderna da falência deveria dar lugar à necessidade econômica da permanência da empresa. A vida econômica tem imperativos e dependências que o Direito não pode, nem deve, desconhecer. A continuidade e a permanência das empresas são um desses imperativos, por motivos de interesse tanto social, quanto econômico”.⁵⁷

Igualmente, Nelson Abrão, alertava que o Direito Comparado, a doutrina e a vida forense nos ensinavam que o velho Decreto-lei de 1945 não atendia mais à nossa realidade socioeconômica.⁵⁸ “A inadequação da Lei de 1945 à nossa realidade socioeconômica tem sido proclamada por todos aqueles que, dotados de espírito público, se preocupam em promover o bem

57. Fábio Konder Comparato, *Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa*, p. 102.

58. Nelson Abrão, *Da Caracterização da Falência*, p. 90.

da coletividade, contrastando com aqueles que silenciam sob o influxo das acomodações pessoais”.⁵⁹

Era, assim, evidente a necessidade de uma nova legislação concursal. Verificando a real inadequação do Decreto-lei 7.661/1945, que não mais atendia às exigências da realidade socioeconômica, foi elaborado o Projeto de Lei n. 4.376/1993, que, inicialmente cuidava de três institutos: a falência (denominado de liquidação judicial), a concordata preventiva e a recuperação da empresa. Este projeto adotou os seguintes princípios:

1) *Preservação da empresa*: em razão de sua função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País. Além disso, a extinção da empresa provoca a perda do agregado econômico representado pelos chamados “intangíveis”, como nome, ponto comercial, reputação, marcas, clientela, rede de fornecedores, *know-how*, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros.

2) *Separação dos conceitos de empresa e de empresário*: a empresa é o conjunto organizado de capital e trabalho para a produção ou circulação de bens ou serviços. Não se deve confundir a empresa com a pessoa natural ou jurídica que a controla. Assim, é possível preservar uma empresa, ainda que haja a falência, desde que se logre aliená-la a outro empresário ou sociedade que continue sua atividade em bases eficientes.

3) *Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis*: sempre que for possível a manutenção da estrutura organizacional ou societária, ainda que com modificações, o Estado deve dar instrumentos e condições para que a empresa se recupere, estimulando, assim, a atividade empresarial.

59. Nelson Abrão, *Curso de Direito Falimentar*, 2^a ed., p. 14. Este também era o entendimento de Rubens Requião (v. *Curso de Direito Falimentar*, v. 2, p. 258).

4) *Retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis*: caso haja problemas crônicos na atividade ou na administração da empresa, de modo a inviabilizar sua recuperação, o Estado deve promover de forma rápida e eficiente sua retirada do mercado, a fim de evitar a potencialização dos problemas e o agravamento da situação dos que negociam com pessoas ou sociedades com dificuldades insanáveis na condução do negócio.

5) *Proteção aos trabalhadores*: os trabalhadores, por terem como único ou principal bem sua força de trabalho, devem ser protegidos, não só com precedência no recebimento de seus créditos na falência e na recuperação judicial, mas com instrumentos que, por preservarem a empresa, preservem também seus empregos e criem novas oportunidades para a grande massa de desempregados.

6) *Redução do custo do crédito no Brasil*: é necessário conferir segurança jurídica aos detentores de capital, com preservação das garantias e normas precisas sobre a ordem de classificação de créditos na falência, a fim de que se incentive a aplicação de recursos financeiros a custo menor nas atividades produtivas, com o objetivo de estimular o crescimento econômico.

7) *Celeridade e eficiência dos processos judiciais*: é preciso que as normas procedimentais na falência e na recuperação de empresas sejam, na medida do possível, simples, conferindo-se celeridade e eficiência ao processo e reduzindo-se a burocracia que atravessa seu curso.

8) *Segurança jurídica*: deve-se conferir às normas relativas à falência, à recuperação judicial e à recuperação extrajudicial tanta clareza e precisão quanto possível, para evitar que múltiplas possibilidades de interpretação tragam insegurança jurídica aos institutos e, assim, fique prejudicado o planejamento das atividades das empresas e de suas contrapartes.

9) *Participação ativa dos credores*: é desejável que os credores participem

ativamente dos processos de falência e de recuperação, a fim de que, diligenciando para a defesa de seus interesses, em especial o recebimento de seu crédito, otimizem os resultados obtidos com o processo, com redução da possibilidade de fraude ou malversação dos recursos da empresa ou da massa falida.

10) *Maximização do valor dos ativos do falido*: a lei deve estabelecer normas e mecanismos que assegurem a obtenção do máximo valor possível pelos ativos do falido, evitando a deterioração provocada pela demora excessiva do processo e priorizando a venda da empresa em bloco, para evitar a perda dos intangíveis. Desse modo, não só se protegem os interesses dos credores de sociedades e empresários insolventes, que têm por isso sua garantia aumentada, mas também se diminui o risco das transações econômicas, o que gera eficiência e aumento da riqueza geral.

11) *Desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte*: a recuperação das micro e pequenas empresas não pode ser inviabilizada pela excessiva onerosidade do procedimento. Portanto, a lei deve prever, em paralelo às regras gerais, mecanismos mais simples e menos onerosos para ampliar o acesso dessas empresas à recuperação.

12) *Rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial*: é preciso punir com severidade os crimes falimentares, com o objetivo de coibir as falências fraudulentas, em função do prejuízo social e econômico que causam. No que tange à recuperação judicial, a maior liberdade conferida ao devedor para apresentar proposta a seus credores precisa necessariamente ser contrabalançada com punição rigorosa aos atos fraudulentos praticados para induzir os credores ou o juiz a erro. Naturalmente nem sempre é possível a perfeita satisfação de cada um desses enunciados, principalmente quando há conflito entre dois ou mais deles. Nesses casos, é necessário sopesar as possíveis consequências sociais e econômicas e buscar o ponto de

conciliação, a configuração mais justa e que represente o máximo benefício possível à sociedade.

Posteriormente, foi suprimida a concordata preventiva, com o Substitutivo apresentado pelo relator, Deputado Osvaldo Biolchi, passando, em consequência, o Projeto a regular apenas a recuperação e a liquidação judicial.

Após mais de uma década de tramitação no Congresso Nacional, 484 emendas e 5 substitutivos, e somente após o Poder Executivo Federal haver assumido compromisso perante o Fundo Monetário Internacional para aprovar uma nova lei de falências,⁶⁰ foi finalmente promulgada a Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, alterando substancialmente a antiga Lei de Falências.

A nova lei incorporou os *Principles and Guidelines* do Banco Mundial e mecanismos das mais modernas legislações sobre o tema, abandonando-se o procedimento liquidatório, substituindo-o por um meio solutório de recuperação de empresas. Assim, destaca-se a supressão da concordata e a introdução da recuperação judicial e extrajudicial.

A recuperação judicial e a extrajudicial são, como se depreende da própria lei, sucedâneos da antiga concordata,⁶¹ a qual se mostrou ineficaz ao soerguimento das empresas em crise. Poucas empresas conseguiram sobreviver. Era, pois, corriqueira a convulsão da concordata em falência.

A nova lei introduz a recuperação extrajudicial e judicial das empresas,⁶² fornecendo ao devedor instrumentos mais flexíveis e adequados à sua finalidade, qual seja, manter a empresa em funcionamento.

Há, portanto, uma imanente relação entre a recuperação de empresas e a idéia institucionalista de preservação da empresa.⁶³ É o que se depreende da análise sistemática da lei, em especial, de 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”. E isso se dá pela convergência dos interesses de todas as partes envolvidas – devedores, credores e sociedade – na manutenção da atividade do devedor.

Interessa-nos, para fins deste estudo, a recuperação judicial, um processo mais formal e realizado sob controle da Justiça, no qual, em suma, os credores devem formar maioria em torno de um plano de recuperação. Se o plano não for aprovado ou não atingir suas metas de recuperação, assim caberá ao juiz decretar a falência.⁶⁴

5. Conceito e o objetivo da recuperação judicial

Consoante reza o art. 47 da Lei, a recuperação judicial é um instituto colocado à disposição do devedor, que tem por objetivo permitir a superação de crise econômico-financeira, 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.

60. Mauro R. Penteado, in Francisco Satiro Souza Júnior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005*, p. 58.

61. V. art. 198: “Os devedores proibidos de requerer a concordata nos termos da legislação específica em vigor na data da publicação desta Lei ficam proibidos de requerer recuperação judicial ou extrajudicial nos termos desta Lei”.

62. Ressalte-se que o instituto da recuperação de empresas não é uma novidade no Direito positivo brasileiro. Disposição similar era prevista no Alvará

de 13 de novembro de 1756, promulgado pelo Marquês de Pombal.

63. Calixto Salomão Filho, in Francisco Satiro Souza Júnior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005*, p. 48.

64. Ramez Tebet, Parecer n. 534, de 2004.

Temos, portanto, que o objetivo da recuperação judicial é sanear a crise econômico-financeira do devedor em insolvência, que possua viabilidade econômica, tornando-o novamente um agente econômico competitivo e produtivo, de maneira a cumprir sua função econômico-social.

Assim, podemos conceituar a recuperação judicial como sendo um instrumento de negociação coletiva, colocado à disposição do devedor, com o objetivo de sanear sua crise econômico-financeira, através de um plano de recuperação de conteúdo flexível, que deverá ser aprovado pelos credores e homologado pelo juiz.

6. Natureza jurídica

A recuperação judicial é um favor legal concedido ao devedor, através do qual, atendidos determinados pressupostos, terá o direito de sanear a crise econômico-financeira em que se encontra. Tal benefício dá fôlego ao devedor, para que a crise seja superada, permitindo, assim, a manutenção da empresa e, consequentemente, o emprego dos trabalhadores e o interesse dos credores.

Mauro Penteado⁶⁵ afirma que “a nova lei caracteriza a recuperação judicial como um negócio jurídico (...) que é realizado mediante uma proposta do devedor (o Plano), ao qual podem aderir sem reservas os credores, desde que silenciem no prazo legal das objeções (art. 55), ou então aprovado, integralmente ou com modificações, pela assembleia geral de credores (art. 35,

65. A posição de Mauro Penteado, ao classificar a recuperação judicial como negócio jurídico, apresenta pontos de interseção com a teoria do contrato plurilateral de Ascarelli, segundo a qual “à pluralidade corresponde a circunstância de que os interesses contrastantes das várias partes devem ser unificados por meio de uma finalidade comum; os contratos plurilaterais aparecem como contratos de comunhão de fim” (Túlio Ascarelli, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, 2^a ed., p. 271).

I, a)”.⁶⁶ Ou seja, um negócio jurídico privado, realizado sob a supervisão judicial.

Tratando a recuperação judicial como um ato complexo, Jorge Lobo analisa sua natureza jurídica sob três aspectos: um ato coletivo processual, visto que concorrem as vontades do devedor e credores, formando uma vontade unitária, sob a supervisão do Poder Judiciário; um favor legal, por quanto garante ao devedor, desde que atendidos determinados pressupostos e requisitos, o direito de sanear o estado de crise econômico-financeira em que se encontra; e uma obrigação *ex lege*, já que sua aprovação pelo juiz⁶⁷ obriga o devedor e todos os credores a ela sujeitos, sem prejuízo das garantias que possuam.⁶⁸

Temos, assim, que a natureza jurídica da recuperação judicial é bipartida, visto que se trata de uma ação judicial encetada pelo devedor (aspecto processual), que lhe concede um favor legal que obriga todos os credores concorrentes que aprovaram o plano do devedor (aspecto material), gerando uma obrigação *ex lege*.

7. As finalidades da recuperação judicial

Como vimos, o novo diploma concursal, alterando o paradigma anterior que objetivava a simples satisfação dos credores, tem por finalidade principal recuperar as empresas economicamente viáveis, através da recuperação extrajudicial ou judicial, ou retirar do mercado aquelas inviáveis, o que se faz com a decretação de sua falência.

66. Mauro R. Penteado, *Comentários à Lei de Recuperação...*, cit., p. 84.

67. A exigência da aprovação do acordo pela autoridade judiciária não altera a natureza do instituto, pois não se trata de uma sentença, mas de uma medida de polícia judiciária. Cf. Trajano de Miranda Valverde, *Comentários à Lei de Falências*, vol. III, 2^a ed., p. 110.

68. Jorge Lobo, in Paulo F. C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, pp. 105-106.

Temos, aqui, o primeiro axioma: nem toda empresa deve ser recuperada. Sómente aquelas viáveis, com potencial para reorganizar-se, devem ter a crise sanada. Como disposto no Relatório da Comissão Especial da Câmara sobre o Projeto de Lei n. 4.376/1993:

a recuperação judicial pretende corrigir os erros de gestão dos administradores da empresa. Ainda que, na maioria das vezes, a crise da empresa não seja causada pela prática de atos ilícitos, o certo é que ela, muitas vezes, é o reflexo de equívocos na definição de estratégicas ou no estabelecimento de prioridades, que se refletem sobre todos os agentes econômicos envolvidos, gerando passivo ilíquido.

Desta forma, o custo social envolvido, que demanda o sacrifício de um ou mais agentes, adstringe a recuperação somente às empresas em que se vislumbre viabilidade econômica. Deve-se, criteriosamente, analisar o plano de recuperação, verificando sua plausibilidade funcional, econômica e financeira, assim como se os custos com a conservação da empresa são inferiores aos custos de sua liquidação.⁶⁹

Logo, para permitir uma recuperação judicial plausível e eficaz, o juiz e os credores, constituídos em assembleia geral, deverão efetuar verdadeira ponderação de princípios (v.g., o da conservação e da função social da empresa, o da dignidade humana e da valorização do trabalho e o da segurança jurídica e da efetividade do Direito). Evidente, pois, o interesse social de que se reveste o instituto, dando à empresa uma oportunidade de recuperação,⁷⁰ desde que seja economicamente viável.

A recuperação judicial, embora guarde alguma semelhança com a concordata preventiva, dela difere sobremaneira. A diferença fundamental é o papel atribuído aos credores que antes eram atingi-

69. Celso Marcelo Oliveira, *Comentários à Nova Lei de Falências*, p. 225.

70. Idem, ob. cit., p. 224.

dos pela concordata, independentemente de sua vontade, e agora tem papel decisivo na continuidade da atividade do devedor. Assim, caberá aos credores deliberar a sorte do devedor.⁷¹

Assim, o devedor e credores vislumbrando que a empresa tem potencial econômico para superar a crise, poderão, através do instituto da recuperação, manter a empresa em atividade.

Considerando, pois, que a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação 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,⁷² temos que a finalidade da recuperação judicial é permitir que as empresas em crise econômico-financeira superem-na, voltando a serem produtivas, mantendo-se o emprego dos trabalhadores e atendendo aos interesses dos credores, exercendo, pois, sua função social como agente econômico relevante.

Estas finalidades não são imediatas, até mesmo porque o tempo é inerente à superação da crise. Assim, a médio prazo visa-se manter a fonte produtora, o emprego dos trabalhadores e os interesses dos credores. Como ressalta Paulo F. C. Salles de Toledo, embora tais finalidades sejam atingidas imediatamente, busca-se num primeiro momento estancar a hemorragia, para, mais adiante, vencida a moléstia, permitir que o paciente volte à vida normal.⁷³

Em sendo assim, mantendo-se a fonte produtora, os empregos dos trabalhadores e os interesses dos credores, preserva-se, por conseguinte, a empresa (fonte produtiva), de modo que esta cumpra sua função

71. LRE, art. 35, I, c/c art. 56, § 4º.

72. LRE, art. 47.

73. Paulo F. Campos Salles de Toledo, "Recuperação judicial...", cit., *Revista do Advogado* 83/102.

social⁷⁴ (agente econômico) e estimula-se a atividade econômica.

8. Sujeito ativo da recuperação judicial

A concordata e a falência, até a entrada em vigor do Código Civil,⁷⁵ somente poderiam ser requeridas por comerciantes. A teoria da empresa que permeou o Código Civil, também foi expressamente adotada pela Lei de Recuperação de Empresas.

Em sendo assim, a legitimação ativa para requerer a recuperação judicial é exclusiva do devedor (art. 48 da Lei), entendendo-se por devedor, o empresário ou a sociedade empresária, nos termos do art. 1º da Lei 11.101/2005. A Lei de Recuperação poderia ter ido além, permitindo, como nos Estados Unidos da América e Espanha, seu requerimento pelos credores, já que estes, assim como o devedor, têm, a rigor, interesse convergente na manutenção da empresa.

Cabe aqui uma breve alusão às definições de empresário e sociedade empresária, contidas no novo Código Civil brasileiro.

74. Cf. Fábio Konder Comparato: “Função em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. Algumas vezes, interessados no exercício da função são pessoas indeterminadas e, portanto, não legitimadas a exercer pretensões pessoais e exclusivas contra o titular do poder. É nessas hipóteses, precisamente, que se deve falar em função social ou coletiva. A função social da propriedade não se confunde com as restrições legais ao uso e gozo dos bens próprios; em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma determinada destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos” (in *Direito Empresarial: Estudos e Paresceres*, apud Celso Marcelo Oliveira, *Comentários à Nova Lei de Falências*, p. 237).

75. “Art. 2.037. Salvo disposição em contrário, aplicam-se aos empresários e sociedades empresárias as disposições de lei não revogadas por este Código, referentes a comerciantes, ou a sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis.”

leiro. Segundo seu art. 966, considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, sendo obrigatória inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.⁷⁶

Sociedade empresária é aquela que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967),⁷⁷ sendo a sociedade formada pelo contrato entre pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

É imprescindível a prova de que o requerente exerce legalmente atividade empresarial, estando devidamente inscrito no registro próprio.

Desta sorte, cabe tão-somente ao empresário e à sociedade empresária requerer a recuperação judicial, desde que esteja atravessando crise econômico-financeira (art. 47).

8.1 Legitimação extraordinária

Entretanto, existe exceção para o caso de morte do devedor, conforme o parágrafo único do art. 48. Neste caso, a recuperação judicial também poderá ser requerida (legitimação extraordinária) pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.⁷⁸

8.2 Exclusões legais

Pela exegese do parágrafo único do art. 966, do Código Civil, não podem requerer recuperação judicial quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, mesmo que conte

76. CC, art. 967. V. ainda arts. 1.150 e ss.

77. CC, art. 982.

78. LRE, art. 48, parágrafo único.

com colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Igualmente, as sociedades simples não poderão requerer recuperação judicial, assim como o empresário rural, se não registrado no Registro Público de Empresas Mercantis.⁷⁹

Nesse sentir, a Lei perdeu a oportunidade de estender a falência e a recuperação às cooperativas não creditícias, uma vez que estas, à luz do Código Civil (art. 982, parágrafo único), são consideradas sociedades simples, portanto, não empresárias.

Em seu art. 2º, a Lei de Recuperação de Empresas exclui de sua aplicação as empresas públicas, sociedades de economia mista,⁸⁰ instituições financeiras públicas ou privadas, cooperativas 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 (v.g., Câmaras de Compensação).

As instituições financeiras estão sujeitas à legislação específica,⁸¹ notadamente a Lei n. 6.024/1974 e o Decreto n. 2.321/1987,⁸² que prevêem um regime concursal extrajudicial, sob a supervisão do Banco Central. Este regime especial não exclui a falência das instituições finan-

79. Cf. art. 971 do CC.

80. Houve muita discussão durante o trâmite do projeto acerca a inclusão das sociedades de economia mista, acabando por ser excluída da incidência da lei. Tal decisão é de constitucionalidade questionável, porquanto o art. 173, § 1º, da Constituição Federal expressamente determina a sujeição das sociedades de economia mista ao regime jurídico próprio das empresas privadas. Tal exclusão foi um evidente retrocesso, visto que eram atingidas pela antiga Lei de Falências.

81. A importância econômico-social das instituições financeiras e securitárias determina a necessidade de tratamento especial, vislumbrando um “risco sistêmico”, já que a falência de tais empresas poderia gerar uma situação calamitosa na economia do país.

82. Que trata do Regime de Administração Especial Temporária – RAET.

ceiras, a qual poderá ser decretada em hipóteses específicas. Estão, pois, as instituições financeiras e correlatas sujeitas à intervenção, liquidação extrajudicial, Regime de Administração Especial Temporária (RAET) e à falência.⁸³

Ainda, considerando que a definição de atividade empresária, pode-se discutir a aplicação da lei às sociedades puramente de controle (*holdings*) e às sociedades de propósito específico, constituídas para a execução de um único empreendimento. Para Haroldo Verçosa, em ambos os casos as sociedades são consideradas empresárias, e, portanto, sujeitas à falência e recuperação judicial.⁸⁴

Não é despiciendo destacar, tendo em vista a legitimação exclusiva do devedor, a recuperação judicial não poderá ser requerida pelo Ministério Público, tampouco pelo juiz *ex officio*.

8.3 Pressuposto objetivo

Interessante notar que a lei, ao contrário do que ocorria com a antiga concordata, não exige uma situação de inadimplemento, ou nem que se demonstre uma iminente impossibilidade de cumprir os compromissos financeiros assumidos.⁸⁵ Basta o requerimento do devedor e a verificação casuística de sua higidez financeira. Até porque “o colapso financeiro de uma empresa geralmente é precedido por sinais de carência em estágios progressivos de dificuldade”.⁸⁶

83. Embora haja certa discussão doutrinária, a nosso ver, a nova Lei de Recuperação não exclui a possibilidade de falência destas instituições, nas hipóteses previstas expressamente na lei especial, máxime pelo que dispõe o art. 197 da Lei.

84. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, in Luiz Fernando Valente de Paiva (coord.), *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, p. 67.

85. Paulo F. Campos Salles de Toledo, ob. cit., p. 102.

86. Celso Marcelo Oliveira, *Comentários à Nova Lei de Falências...*, p. 234.

Paulo F. C. Salles de Toledo caracteriza o estado de crise econômico-financeira como “metajurídico, aberto e cambiante”,⁸⁷ portanto, sujeito a toda sorte de causas, que culminam na inadimplência de obrigação pecuniária, iliquidez e insolvência.

Dessarte, o devedor verificando a potencialidade incorrer na inadimplência de obrigação pecuniária, iliquidez e insolvência, poderá requerer a recuperação judicial.

8.4 Requisitos para requerer a recuperação judicial

Para requerer a recuperação judicial, o devedor – empresário ou sociedade empresária – deve preencher cumulativamente determinados requisitos contidos no art. 48 da Lei, abaixo citados, além de demonstrar que exerce atividades há mais de 2 (dois) anos:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III – não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Rachel Sztajn ressalta que a lei atual praticamente reproduziu o que dispunha o Decreto-lei 7.661/1945, em seu art. 158, I, no que concerne ao exercício do comércio

há mais de dois anos, e tem por função evitar oportunismos.⁸⁸ No mais, a redação da lei atual é mais precisa quanto aos demais requisitos necessários ao pedido de recuperação.

Evidente que, para requerer a recuperação judicial, o devedor não pode ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes. Isso porque se seus ativos já estão liquidados não há outros ativos para que o devedor continue a atividade empresarial.

No tocante ao inciso II, repete-se o prazo previsto na lei antiga para o requerimento da concordata, assim como adrede colide com o prazo prescricional, conforme saliente Rachel Sztajn.⁸⁹ O inciso III do art. 48 concerne à obtenção de recuperação judicial nas bases especiais para microempresas e empresas de pequeno porte.⁹⁰

Por derradeiro, o art. 48, IV, veda a recuperação judicial caso tenha sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei. Esta norma, lamentavelmente, colide com o princípio da separação dos conceitos de empresa e de empresário, que emana da lei. Com efeito, não se deve confundir a empresa com a pessoa natural ou jurídica que a controla. Assim, é plenamente possível o soerguimento da empresa com o afastamento do administrador ou sócio controlador, atribuindo seu controle ao administrador judicial.

88. Cf. Rachel Sztajn, in Francisco Satiro Souza Júnior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005*, pp. 222 e 223.

89. Rachel Sztajn, ob. cit., p. 224.

90. O plano especial para micro e pequenas empresas está previsto nos arts. 70 *usque* 73 da LRE. Cabe ressaltar que, tendo em vista que as micro e pequenas empresas representam a grande maioria das empresas em atividade no país, foi extremamente negativa a limitação do plano especial aos créditos quirografários.

87. Paulo F. Campos Salles de Toledo, *Direito Concursal*, cit., p. 169, nota 4, *apud* Paulo F. Campos Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, p. 106.

9. Sujeitos passivos

da recuperação judicial

Como regra geral, estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.⁹¹ Logo, em relação à antiga concordata há um considerável aumento na extensão dos credores atingidos, que outrora se limitavam aos quirografários. Destarte, a recuperação judicial abarca:⁹²

- a) os titulares de créditos decorrentes da legislação do trabalho (art. 52, III, c/c art. 6º, § 2º) e os titulares de crédito derivados de acidentes de trabalho, podendo pleitear a reserva das importâncias que estimarem devidas;
- b) os credores com direitos reais de garantia (CC, art. 1.419 e ss.), com privilégio especial (CC, art. 964) e com privilégio geral (CC, art. 965);
- c) credores subordinados (LSA, art. 58, § 4º);
- d) credores quirografários (LRE, art. 83, VI);
- e) credores por multas contratuais (LRE, art. 83, VII);
- f) os sócios ou acionistas credores.

9.1 Exclusões legais

Por exclusão, a recuperação judicial não atinge a União, Estados e Municípios, incluindo-se as autarquias.⁹³ Estão, lamentavelmente, excluídos da recuperação judicial os créditos tributários, uma vez que deverão ser negociados separadamente

91. LRE, art. 49.

92. Cf. Paulo F. Campos Salles de Toledo, *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas...*, p. 116.

93. Art. 6º, § 7º. As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica, c/c art. 155-A, cf. Lei Complementar n. 118/2005.

para a obtenção de um incerto parcelamento “especial”.⁹⁴

Também não são afeados os credores por obrigação a título gratuito;⁹⁵ credores por despesas realizadas para se habilitarem na recuperação judicial, salvo as custas judiciais decorrentes de litígio com o devedor;⁹⁶ credores por quantia ilíquida.⁹⁷

Outrossim, o § 3º do art. 49, tratando dos contratos em que haja cláusula de irretratabilidade ou irrevogabilidade,⁹⁸ exclui os titulares de crédito oriundos de contratos, nos seguintes termos:

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

A exemplo do que ocorre na legislação dos países mais desenvolvidos, e como constava no projeto de lei, todos os créditos deveriam sujeitar-se à recuperação judicial, quiçá extrajudicial, de modo que há excessiva proteção ao Fisco e às instituições financeiras. Assim, os créditos tributários e proprietários deveriam estar incluídos na recuperação judicial.

94. A Lei Complementar n. 118, de 9.2.2005, acresceu ao art. 155-A do CTN, § 3º, assim redigido: “§ 3º. Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial”.

95. LRE, art. 5º, I.

96. LRE, art. 5º, II.

97. LRE, art. 6º, § 1º.

98. Rachel Sztajn, ob. cit., p. 228.

A recuperação judicial também não incide sobre os recursos que o devedor tenha recebido a título de adiantamento de contrato de câmbio para exportação.⁹⁹

Ademais, a recuperação judicial não prejudica os direitos dos credores contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso. Em outras palavras, são preservados os direitos de garantia dos credores, os quais poderão cobrar seus créditos dos coobrigados, fiadores e obrigados de regresso, ressalvando-lhes o direito de habilitarem-se na recuperação para serem resarcidos.

O § 2º do mencionado art. 49 segue a mesma linha de preservação dos direitos dos credores, na estrita observância do princípio da obrigatoriedade das convenções livremente pactuadas.¹⁰⁰ Nesse sentido, as obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial.

Por fim, o § 5º do art. 49 reza que:

tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º do art. 6º desta Lei.

Isso quer dizer que “recaindo o penhor sobre títulos de crédito, direitos de crédito não consubstanciados em cártyulas, ou outros tipos de crédito, o fato de o credor pignoratício exercer o direito, receber o crédito ou qualquer outro direito a ele vinculado, os valores ficarão depositados

em conta vinculada até que decorra o prazo de 180 dias – § 4º do art. 6º da Lei”,¹⁰¹ ou seja, até que o plano de recuperação seja aprovado.

10. Meios de recuperação judicial

Vimos linhas acima que o objetivo precípua da recuperação judicial é possibilitar ao devedor o saneamento da crise econômico-financeira em que se encontra. A execução universal de credores sobre o patrimônio do devedor está, agora, em segundo plano.

Todavia, a atividade empresarial, especialmente no cotidiano internacionalizado em que nos encontramos, pode sofrer influência dos mais variados fatores, encetando crises que demandam cada qual solução específica.

O novo instituto da recuperação judicial vai mais além do que a antiga concordata, que se limitava às crises de iliquidex temporária, tratando de problemas de insolvabilidade da mais variada ordem. Cabe, então, ao devedor e aos credores verificar qual o meio de recuperação mais adequado ao saneamento da crise. Para tanto, a lei traz, em seu art. 50, um rol exemplificativo de meios (verdadeiras soluções de mercado) que podem ser utilizados pelo devedor, em conjunto ou isoladamente, na reorganização da empresa.

Decerto, dada a liberalidade de negociação entre devedor e credores, qualquer outro meio de recuperação, desde que lícito e observados os requisitos legais, será admitido e poderá integrar o plano.

Segundo o mencionado art. 50, constituem meios de recuperação judicial:

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 co-

99. Cf. LRE, art. 49, § 4º, c/c art. 86, II.

100. Cf. Paulo F. Campos Salles de Toledo, ob. cit., p. 118.

101. Rachel Sztajn, ob. cit., p. 229.

tas 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 – trespasso 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.

Jorge Lobo divide estes meios de recuperação em seis grupos: a) do poder de controle; b) financeira; c) econômica; d) administrativa; e) societária; e f) complexa ou híbrida.¹⁰²

102. Cf. Jorge Lobo, in Paulo F. Campos Salles de Toledo, "Recuperação judicial:...", cit., *Revista do Advogado* 83/123.

a) A reestruturação do poder de controle pode dar-se pela: (i) alienação do poder de controle; (ii) consolidação do poder de controle; (iii) poder de controle compartilhado (art. 50, III); (iv) eleição de administradores indicados pelos credores; (v) poder de veto (art. 50, V); (vi) constituição de sociedade de credores (art. 50, X); e (vii) usufruto (art. 50, XIII).

Na reestruturação financeira pode ocorrer: (i) diliação de prazos de obrigações e dívidas¹⁰³ (art. 50, I); (ii) remissão total ou parcial de dívidas (que embora não prevista expressamente é sempre possível o perdão da dívida pelo credor); (iii) aumento do capital social (art. 50, VI); (iv) dação em pagamento e novação de dívidas (art. 50, IX); (v) equalização dos encargos financeiros (art. 50, XII); (vi) emissão de valores mobiliários (art. 50, XV); e (vii) dívidas em moedas estrangeiras (art. 50, § 2º).

A reestruturação econômica pode ser obtida com: (i) cessão de quotas ou ações (art. 50, II); (ii) trespasso ou arrendamento de estabelecimento (art. 50, VII); (iii) alienação parcial de bens (art. 50, XI e XVI).

Administrativamente a reorganização da empresa poderá ser realizada com: (i) substituição dos administradores (art. 50, IV); (ii) modificação dos contratos de trabalho (art. 50, VIII); (iii) administração compartilhada.

Ainda, é possível a reestruturação societária (art. 50, II), que pode prever a cisão, total ou parcial, a incorporação, a fusão, a transformação da empresa e a constituição de subsidiária.

Ademais, prevê o § 1º do aludido art. 50 que na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia. Ou seja, é necessária a anuência do credor titular do direito

103. Este meio de recuperação é o que mais se aproxima da antiga concordata, que somente previa a diliação do prazo de pagamento dos créditos quirografários.

real de garantia, para a supressão ou substituição da garantia, a exemplo do que ocorre com a venda parcial de bens gravados.

11. Do pedido da recuperação judicial

A recuperação judicial é uma ação judicial de natureza constitutiva, exigindo, como tal, o atendimento a determinados requisitos e pressupostos que impõe ao devedor e aos credores a ela submetidos uma obrigação, implicando na novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos.¹⁰⁴

Fábio Ulhoa Coelho divide o processo de recuperação judicial em três fases distintas. A primeira denominada *fase postulatória*, o devedor “apresenta seu requerimento de benefício. Ela se inicia com a petição inicial de recuperação judicial e se encerra com o despacho judicial mandando processar o pedido. Na segunda fase, a que se pode referir como *deliberativa*, após a verificação de crédito, discute-se e aprova-se um plano de reorganização. Tem início com o despacho que manda processar a recuperação judicial e se conclui com a decisão concessiva do benefício. A derradeira etapa do processo, chamada *fase de execução*, compreende a fiscalização do cumprimento do plano aprovado”.¹⁰⁵

Interessa-nos, neste ensaio, a fase postulatória, que se inicia com petição inicial, que deve atender às disposições do Código de Processo Civil (art. 282), e deve ser instruída com os documentos exaustivamente indicados no art. 51 da Lei n. 11.101, notadamente:

I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira;

II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios so-

ciais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:

- a) balanço patrimonial;
- b) demonstração de resultados acumulados;
- c) demonstração do resultado desde o último exercício social;
- d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção;

III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;

IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento;

V – certidão de regularidade do devedor no Registro PÚblico de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;

VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;

VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;

VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial;

IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.

104. LRE, art. 59.

105. Fábio Ulhoa Coelho, *Manual de Direito Comercial*, 16^a ed., p. 378.

A petição inicial deverá iniciar-se com um relatório expondo, de forma clara e objetiva, a situação financeira e patrimonial do devedor, expondo, também, as razões que desencadearam a crise. Deve-se indicar o real motivo gerador do desequilíbrio patrimonial.¹⁰⁶ Obviamente, na petição inicial o devedor deverá especificar que pretende reestruturar suas atividades, demonstrando a viabilidade econômico-financeira da empresa.

Após, deverão ser anexadas as demonstrações contábeis, relativas aos três últimos exercícios sociais. Evidente que a demonstração contábil do exercício corrente também deverá ser acostada, de modo a refletir a atual situação do negócio.

Uma relação nominal completa dos credores, especificando seu endereço, natureza, classificação e valor do crédito, deverá ser apresentada, permitindo ao administrador judicial elaborar, após verificação dos créditos, a primeira relação de credores.¹⁰⁷

Igualmente, uma relação de todos os empregados deve ser fornecida, indicando as respectivas funções, salários, indenizações e eventuais pagamentos pendentes. Cabe destacar que os prestadores de serviço, que não têm vínculo trabalhista, não deverão constar da lista, visto tratarem-se de credores quirografários.

O devedor deve anexar, também, certidão do Registro de Empresas comprovando que a empresa está no exercício regular de suas atividades.

Nos termos do inciso VI, uma relação dos bens particulares dos sócios deverá ser fornecida. Esta relação será de grande importância caso tenha havido abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, permitindo a desconsideração

da personalidade jurídica, conforme preconiza o art. 50, do Código Civil.¹⁰⁸

Extratos atualizados das contas do devedor, assim como certidões dos cartórios de protesto e uma listagem das ações judiciais em que seja parte deverão instruir a petição inicial da recuperação judicial, permitindo vislumbrar a extensão do passivo do devedor.

Todos os documentos de escrituração contábil e demais relatórios auxiliares, na forma e no suporte previstos em lei, permanecerão à disposição do juiz, do administrador judicial e, mediante autorização judicial, de qualquer interessado.¹⁰⁹

12. *Do processamento da recuperação judicial*

Estando a petição inicial de acordo com as normas processuais e instruída com toda a documentação a que se refere o art. 51, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial. Se houver alguma irregularidade, aplicando-se subsidiariamente o Código de Processo Civil (art. 284), o juiz mandará o devedor emendá-la, sob pena de indeferimento da petição inicial. Ressalta que, nesta hipótese, é vedado a juiz decretar a quebra, por ausência de previsão legal.¹¹⁰

108. Para Jorge Lobo, “o art. 51, VI, ao impor que a petição inicial seja instruída com ‘relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores’, comete uma demasia, porquanto é consabido que os detentores do poder de comando da sociedade empresária nem, tampouco, seus administradores respondem pelas obrigações e dívidas sociais, por força do instituto da personalidade jurídica das pessoas jurídicas, que ‘impõe a separação, hoje nítida e incontestável, entre o patrimônio dos sócios e o patrimônio da sociedade’ (Jorge Lobo, *Direito dos Grupos de Sociedades*, cit., p. 34), salvo nas hipóteses de aplicação da teoria da desconsideração” (Jorge Lobo, in Paulo F. Campos Salles de Toledo, “Recuperação judicial:...”, cit., *Revista do Advogado* 83/132, nota 83).

109. LRE, art. 51, § 1º.

110. Cf. Jorge Lobo, in Paulo F. Campos Salles de Toledo, “Recuperação judicial:...”, cit., *Revista do Advogado* 83/134.

106. Rachel Sztajn, ob. cit., p. 248.

107. LRE, art. 7º.

Consoante o art. 52 da Lei, nesta decisão que defere o processamento da recuperação judicial, o juiz:

I – nomeará o administrador judicial, observado o disposto no art. 21 desta Lei;

II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei;

III – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei;

IV – determinará ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores;

V – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento.

Assim, deferido o processamento, será nomeado o administrador judicial, que deverá ser profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresa ou contador, ou pessoa jurídica especializada.¹¹¹

Para viabilizar o prosseguimento das atividades do devedor, o juiz determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas que venham a ser solicitadas por terceiros fornecedores e contratantes, mas é imposto ao devedor o dever de indicar em todos os atos que doravante pratica a expressão “em recuperação judicial”.¹¹² Entretanto, remanesce a impossibilidade

de contratar com o Poder Público, haja vista constituir exceção à dispensa de apresentação de certidões. Desta forma, a dispensa de apresentação das Certidões Negativas de Débito, prevista no art. 52, II, é risível, conquanto justamente nas contratações do Poder Público, em que são normalmente exigíveis, continuam obrigatórias.

Deferido o processamento da recuperação judicial, suspende-se a prescrição e todas as ações e execuções movidas contra o devedor pelo prazo improrrogável de 180 dias, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito de os credores iniciarem ou continuarem as ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.¹¹³ É o chamado *stay period*. Como salienta Paulo F. C. Salles de Toledo, espera o legislador que nesse prazo já tenha havido uma decisão acerca do plano, de modo que, se este tiver sido aprovado, nem tiver sido decretada a falência, poderão os credores dar prosseguimento às demandas movidas contra o devedor, ou ajuizar novas.¹¹⁴

Ressalta-se, todavia, que as ações em que se discute quantia ilíquida não se suspendem, nos termos do § 1º do art. 6º da lei, assim como prosseguem as reclamações trabalhistas e as execuções fiscais.

No mais, o devedor deve prestar contas mensalmente, sob pena de destituição de seus administradores, enquanto perdurar a recuperação judicial; competindo ao Comitê de Credores fiscalizar-lhe as atividades.

O Ministério Público deverá ser intimado, assim como as Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento. Assim, o *Parquet* poderá manifestar-se nos casos previstos na Lei, bem como as Fazendas farão as anotações pertinentes, já que ao devedor é vedada a contratação com

113. LRE, art. 6º, § 4º.

114. Paulo F. Campos Salles de Toledo, “Recuperação judicial:...”, cit., *Revista do Advogado* 83/105.

111. LRE, art. 21.

112. LRE, art. 69.

o Poder Público e a obtenção de incentivos.

Ademais, o juiz ordenará a expedição de edital, para publicação no órgão oficial, que conterá:

I – o resumo do pedido do devedor e da decisão que defere o processamento da recuperação judicial;

II – a relação nominal de credores, em que se discrimine o valor atualizado e a classificação de cada crédito;

III – a advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos, na forma do art. 7º, § 1º, desta Lei, e para que os credores apresentem objeção ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor nos termos do art. 55 desta Lei.

Com a publicação deste edital, abre-se prazo de 15 dias para os credores apresentarem ao administrador judicial suas habilitações ou suas divergências quanto aos créditos relacionados.¹¹⁵ As despesas com a publicação do edital serão suportadas pelo devedor, conforme se depreende da exegese do art. 191 da LRE.

Após o deferimento do processamento da recuperação judicial, os credores poderão, a qualquer tempo, requerer a convocação de assembleia geral para a constituição do Comitê de Credores ou substituição de seus membros. Segundo o art. 35 da Lei de Recuperação de Empresas, compete à assembleia geral de credores aprovar, rejeitar ou modificar o plano apresentado pelo devedor; eleger os membros do Comitê de Credores; aprovar o pedido de desistência da recuperação judicial; aprovar o nome do administrador judicial, assim como deliberar sobre qualquer outra medida que afete interesses dos credores.

O § 3º do referido art. 52 incumbe o devedor de comunicar aos juízes competentes a suspensão dos processos, oriunda do deferimento do processamento da recuperação judicial. Em outras palavras, o devedor deverá comunicar a suspensão para

todos os juízes responsáveis por ações e execuções em que seja parte.

Por fim, é vedado ao devedor desistir do pedido de recuperação judicial após o deferimento de seu processamento, salvo se obtiver aprovação da desistência na assembleia geral de credores.¹¹⁶ Em todo o caso, deverá ser ouvido o Ministério Públíco.

“Em outras palavras”, salienta Raquel Sztajn, “uma vez deferido o processamento do pedido, o devedor terá de explicar aos credores, de forma convincente, suportados seus argumentos sobre fatos ou elementos indicativos da possibilidade de preservar a atividade, que o melhor resultado para os interessados está na desistência do procedimento mantendo-se as relações jurídicas entre as partes, tal como originalmente ajustadas.”¹¹⁷

13. Considerações finais

Verificamos, neste breve estudo, que a Lei 11.101/2005 introduziu importantes alterações no direito falimentar brasileiro, adequando-o às exigências da realidade socioeconômica, com a incorporação de princípios e instrumentos consagrados em diversos países, com a finalidade de fornecer ao devedor, credores e sociedade instrumentos capazes de atender aos interesses individuais e coletivos envolvidos.

A principal inovação trazida pela nova lei foi a introdução da recuperação judicial em nosso direito concursal, em substituição à inoperante concordata, demonstrando a tendência de nosso direito de desjudicialização das soluções de controvérsia, bem como o interesse do Estado em manter a atividade do devedor, de modo que este atenda, como relevante agente econômico, à sua finalidade social e econômica.

116. LRE, art. 52, § 4º.

117. Rachel Sztajn, ob. cit., p. 263.

115. LRE, art. 7º, § 1º.

A recuperação judicial, assim, permite ao devedor encetar negociações coletivas com os credores, estabelecendo um plano de recuperação, de conteúdo flexível e, portanto, prevendo uma ou mais soluções de mercado, com a finalidade de sanear o estado de crise em que se encontra.

Para atingir tal desiderato, é dado um papel relevante aos credores, que, através de Assembléia Geral, decidirão a sorte do devedor. Em outras palavras, cabe agora aos credores, verificando a viabilidade econômica, decidir se o devedor será ou não retirado do mercado.

Trata-se, portanto, de instituto moderno, que permitirá, ao menos é o que se espera, que o devedor supere a crise, com o aceite dos credores, mantendo sua atividade empresarial, salutar ao desenvolvimento econômico e social do país.

Bibliografia

- ABRÃO, Nelson. *Curso de Direito Falimentar*. 2^a ed., São Paulo, Saraiva, 1980.
- _____. *Da Caracterização da Falência*. São Paulo, 1970.
- ASCARELLI, Tullio. *CORSO DI DIRITTO COMMERCIALE*. Milão, Giuffrè, 1962.
- _____. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. 2^a ed., São Paulo, Saraiva, 1969.
- BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*. São Paulo, Max Limonad, 1969.
- BULGARELLI, Waldirio. *Direito Comercial*. 15^a ed., São Paulo, Atlas, 2000.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo, Max Limonad, 2002.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 16^a ed., São Paulo, Saraiva, 2005.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa*. Ed. RT, São Paulo, 1970.
- _____. *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres, a Reforma da Empresa*. 1^a ed., São Paulo, Saraiva, 1995.
- MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial: Empresa Comercial, Empresários Individuais, Microempresas, Sociedades Comerciais, Fundo de Comércio*. 27^a ed., rev. e atual., Rio de Janeiro, Forense, 2001.
- OLIVEIRA, Celso Marcelo. *Comentários à Nova Lei de Falências*. São Paulo, IOB Thomson, 2005.
- PACCHI, Stefania. "La reforma del derecho concursal italiano", in *Derecho de los Negocios*, Ano 17, n. 187, Editora La Ley, 2006.
- PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo, Quartier Latin, 2005.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 23^a ed., São Paulo, Saraiva, 1996.
- SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro, e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005*. São Paulo, Ed. RT, 2005.
- TOLEDO, Paulo F. C. Salles de, e ABRÃO, Carlos Henrique (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo, Saraiva, 2005.
- _____. "Recuperação judicial: a principal inovação da Lei de Recuperação de Empresas – LRE", in *Revista do Advogado* 83/98-106, set./2005.
- TZIRULNIK, Luiz. *Direito Falimentar*. 5^a ed., São Paulo, Ed. RT, 1999.
- _____. *Intervenção e Liquidação Extrajudicial das Instituições Financeiras*. 2^a ed., São Paulo, Ed. RT, 2000.
- VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. vols. I e III, 2^a ed., Rio de Janeiro, Revista Forense, 1955.