

**FACULDADE NOSSA SENHORA APARECIDA  
COORDENAÇÃO DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

***A EFETIVIDADE DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO MEIO DE GARANTIR O  
PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA***

TUANNE DE SOUZA PEREIRA

Prof. M.e. JULIANO SANTANA SILVA

APARECIDA DE GOIÂNIA

2018

**TUANNE DE SOUZA PEREIRA**

***A EFETIVIDADE DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO MEIO DE GARANTIR O  
PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA***

Monografia apresentada à Banca Examinadora da  
Faculdade Nossa Senhora Aparecida – FANAP  
como exigência parcial para obtenção do título de  
Bacharel em Direito, sob a orientação da Prof.  
M.e. Juliano Santana Silva

**APARECIDA DE GOIÂNIA**

**2018**



## **RESUMO**

A grande evolução do direito falimentar, a concordata dá lugar ao novo instituto que é a Recuperação Judicial. Tal instituto tem por finalidade preservar a atividade empresarial juntamente com sua função social exercida. A análise aprofundada deste instituto, descrevendo meios e formas no qual assegura a preservação do princípio da função social e sua eficácia. O método aplicado foi dedutivo, utilizando fontes do direito como a Lei, doutrina, jurisprudência e o próprio costume. É possível concluir que o aumento dos pedidos está ligado tanto a situação econômica do Brasil, quanto acessibilidade do processo e a esperança que empresário visualiza dentro do instituto.

**PALAVRAS-CHAVES:** Crise. Economia. Reestruturação

## **ABSTRACT**

The great evolution of the bankruptcy law, the bankruptcy gives place to the new institute that is the Judicial Recovery. The purpose of such institute is to preserve business activity together with its social function. The in-depth analysis of this institute, describing ways and means in which it ensures the preservation of the principle of social function and its effectiveness. The applied method was deductive, using sources of law as the Law, doctrine, jurisprudence and the custom itself. It is possible to conclude that the increase of the requests is related to both the economic situation of Brazil, the accessibility of the process and the hope that the entrepreneur visualizes within the institute.

**KEYWORDS:** Crisis. Economy. Estructuring

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO I HISTÓRICO .....</b>	<b>9</b>
1.1. Lei de Falência e concordatas (Lei nº 7.661, DE 21/06/45).....	11
1.2. Lei de Falência e Recuperação de Empresas (Lei nº 11.101/2005).....	13
1.3. Recuperação de empresa e o direito comparado.....	15
<b>CAPÍTULO II DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....</b>	<b>17</b>
2.1 Conceitos .....	17
2.2 Crises .....	18
2.3 Finalidade.....	19
2.4 Pressupostos.....	21
2.4.1 Requisitos e Impedimentos.....	22
2.5 Meios de Recuperação Judicial.....	24
2.6 Órgãos da Recuperação Judicial .....	27
2.6.1 Assembleia geral dos credores .....	28
2.6.2 Comitê .....	29
2.6.3 Administração judicial.....	30
2.7 Processo .....	31
2.7.1 Fase postulatória .....	32
2.7.2 Fase de deliberação.....	34
2.7.3 Fase de execução .....	36
2.8 Recuperação Extrajudicial .....	37
2.9 Principais princípios da Recuperação Judicial.....	38
<b>CAPÍTULO III A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA.....</b>	<b>41</b>
3.1 A Crise e o crescente pedido de Recuperação Judicial.....	44
3.2 Dados estatísticos quanto à efetividade ou não da Recuperação Judicial.....	45
3.3 Desvio de finalidade da Recuperação judicial .....	46
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>50</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>52</b>

## INTRODUÇÃO

A lei n. 11.101/05 regula dois institutos a Falência e a Recuperação Judicial. A Recuperação Judicial é o instituto que vem antes da Falência, como meio de prevenir a morte total da atividade empresarial, pretendendo dessa forma assegurar a manutenção de postos de trabalhos e a fonte pagadora de impostos ao Estado. Este instituto pretende atender não somente os interesses dos sócios, mas aos interesses de toda sociedade.

Ao longo da história do Brasil, verificou-se a importância da atividade empresarial como meio de movimentar a economia, sendo uma forma do Estado de exercer a função social, com a geração de empregos. Neste contexto o Brasil enfrenta desde 2010 uma forte recessão econômica, que afeta a todos, inclusive o sucesso do desenvolvimento da empresa, pois a atividade empresarial está diretamente envolvida com situação econômica do país.

A importância de ter esse instituto como meio de se amparar essa atividade empresarial afetada pela crise ou até mesmo pela má administração, é garantir que os interesses individuais dos empresários estejam ligados ao coletivo, seja na manutenção de empregos, ou até mesmo na arrecadação de impostos que gira a economia e ajuda o desenvolvimento nacional.

Desde do surgimento da Lei em 2005 houve um grande aumento de pedidos de recuperação judicial. E nos últimos anos é possível visualizar grandes grupos recorrendo a recuperação judicial como forma de se manter ativo dentro do mercado. Nasce neste momento a necessidade de aprofundar o estudo afim de contribuir com desenvolvimento do pensamento econômico e social da comunidade. Este aumento está ligado ou não a crise econômica do país? A Recuperação judicial é mais eficaz que antiga concordata? A recuperação judicial auxilia de fato o exercício da função social da empresa? A situação econômica vivenciada no país influencia no aumento dos pedidos de recuperação Judicial?

O método aplicado na presente pesquisa é o dedutivo, que parte do geral para o particular, dentro deste contexto, o Estado é responsável por assegurar o desenvolvimento, garantindo por meio da lei que este desenvolvimento não seja paralisado.

São utilizadas as diversas fontes de direitos tais como a lei, a jurisprudência, a doutrina e os costumes que são responsáveis pela compreensão dos atos praticados anterior ao direito contemporâneo. O presente trabalho apresenta em três capítulos como garantir uma organização e melhor compreensão.

O capítulo I aborda a parte histórica do Direito Falimentar, retratando o Direito Romano até ao Direito Contemporâneo. Destacam-se neste capítulo os grandes marcos

históricos do Direito Falimentar no Brasil, como o Código Comercial de 1850, que regula a falência, e previa de forma timidamente a concordata no seu título “ Das Quebras”. A lei 7.661/45 que trazia a concordata nas modalidades suspensiva e preventiva, que perpetuou por mais de 60 anos no Brasil.

A grande evolução no ordenamento brasileiro foi a Lei de Falência e Recuperação de Empresas, que em consequência da transformação da sociedade econômica e social. Esta evolução é mundial quando o objeto de estudo é o Direito Comparado, onde cada país reconhece a importância da empresa, e irá procurar meios para preservá-la.

No capítulo II será realizada uma análise do instituto de Recuperação Judicial, retratando a importância da separação dos conceitos empresa e empresário, como meio de assegurar objetivo principal do instituto que visa recuperar a atividade empresarial e não somente os sócios. Destaca-se também a importância da identificação do tipo de crise vivenciada pela empresa, pois uma vez detectada será possível traçar metas para sua reestruturação e até mesmo verificar a viabilidade da empresa.

Dentro deste mesmo capítulo será tratado os requisitos e impedimentos trazidos pela própria Lei n. 11.101/05, como meio de garantir utilização correta do instituto. Neste mesmo contexto será exposto as fases do processo, como a postulatória, a deliberativa e a fase de execução. A mesma lei regula outro meio de se prevenir a falência que é recuperação extrajudicial, conforme exposto no capítulo 2, como alternativa de superar a crise. Finalizando o capítulo será tratado alguns dos princípios como o da preservação da empresa e da preservação dos interesses dos credores, responsáveis por nortear o Instituto de Recuperação Judicial.

No capítulo III será apresentado o princípio da função social da empresa como justificativa da intervenção Estatal, a importância deste princípio dentro da sociedade. Trataremos ainda neste capítulo da crise econômica vivenciada no Brasil que se iniciou no final de 2015, como principal causa de pedido de recuperação judicial de algumas empresas. O capítulo será finalizado com as fraudes encontradas dentro do processo de recuperação judicial.

## CAPÍTULO I HISTÓRICO

Na antiguidade não se falava em recuperação judicial, tão pouco do próprio instituto de falência. O mau pagador era penalizado pelas obrigações não cumpridas e essa penalidade era um vexame público, visto que, poderia ser escravizado, sofrer lesões ou até mesmo a morte. Neste momento histórico não se buscava o patrimônio do devedor, mas sim a execução da pessoa.

A corrente majoritária considera que os primeiros traços do instituto de falência se deram no último período do Direito Romano. Observa-se neste período que a execução passa a ser o patrimônio e não mais a pessoa, embora houvesse penas severas ao devedor.

Como Mendonça *apud* Negrão (2007, p. 7, grifo do autor):

O credor ou credores, munidos de sentença, procuravam o magistrado que, causa cónita, autorizava por decreto a *missio in bona* e, em virtude desta, entravam em posse de todos os seus bens do devedor, procedendo depois à venda mediante determinadas formalidades. A *missio* não despia o devedor da propriedade nem da posse jurídica dos seus bens; privava-o apenas da administração, que passava ao curator, nomeado pelo magistrado *ex consensu majoris partis creditorum*. O patrimônio constituía um penhor em benefício dos credores.

Na idade média, durante quase todo período se esqueceu praticamente por inteiro o objetivo da execução que era a ideia do Direito Romano. O patrimônio era verificado e analisado, porém, o devedor era considerado um criminoso sendo penalizado com as mesmas punições de um ladrão que praticasse um crime comum.

Conforme Lobo (1998, p. 4),

Essa “nota infame” acompanhou o devedor durante toda a Idade Média, pois na Itália, na França e na Inglaterra, o Direito Falimentar caracterizava-se ainda pelo nítido objetivo de punir, com sanções humilhantes, o devedor faltoso e impontual, conforme se depreende da celebre formula *fallite sunt fraudatores* e da conhecida expressão de Baldo *fallitus ergo fraudator*, portanto se considerava a falta do devedor um atentado ao credito público, por conseguinte, a toda coletividade.

Após um período, com o desenvolvimento das atividades comerciais, levou a buscar um estudo do qual trouxe novamente a luz dos pensamentos do Direito Romano. E foi precisamente na Itália que se nota os primeiros contornos do Direito Falimentar, trazendo consigo alguns regulamentos bem próximos do Direito atual.

No Brasil, o instituto de falência teve seu início ligado a Portugal por ser colônia. Em 1521, depois das Ordenações Afonsinas, seguida pelas Manuelinas, cria-se as Ordenações Filipinas no reinado de Filipe II, que se estendeu por um longo período, e em sua legislação

não se conseguia separar a pessoa do patrimônio, possuindo sanções penais severas, executando não só os bens, mas o devedor. Em 1808 diante da ameaça de invasão de Napoleão a Portugal, refugia-se no Brasil a Coroa Lusitana.

Neste período, o Brasil teve uma grande movimentação econômica, obrigando criações de diversas medidas para regular as atividades econômicas práticas. No ano 1834, após a Independência do Brasil, apresenta-se à câmara o Projeto do Código Comercial recebendo influências francesas, após 14 anos de discussão surgiu-se então a Lei Federal nº 556 de 25 junho de 1850, o nosso então Código Comercial Brasileiro.

É exatamente no Código Comercial de 1850 que tivemos a primeira legislação a se tratar de concordata, que em sua terceira parte ira tratar de falência utilizando o título “Das Quebras” em seus artigos 797 a 913, nesse período falava-se apenas em concordata suspensiva, na qual o devedor poderia solicitar no meio do processo um prazo de até 5 anos para pagar os credores e assim tentar de alguma forma impedir que a falência seja decretada. Porém esse processo deveria ser aceito pelos credores conforme traz o artigo 847 do Código Comercial de 1850:

Art. 847 - Lida em nova reunião a sentença arbitral, se passará seguidamente a deliberar sobre a concordata, ou sobre o contrato de união (art. 755).  
[...] Para ser válida a concordata exige-se que seja concedida por um número tal de credores que represente pelo menos a maioria destes em número, e dois terços no valor de todos os créditos sujeitos aos efeitos da concordata. (BRASIL, 1850)

Após a promulgação do Código Comercial de 1850, foram elaborados diversos decretos a fim de aprimorar o Direito Falimentar e proteger a integridade dos devedores. Já na fase Republicana, teremos o Decreto nº 917, de 24 de outubro 1890, no qual cria-se a concordata preventiva, a moratória, a cessão de bens e o acordo extrajudicial. Esse decreto recebeu diversas críticas, pois segundo a visão da época, beneficiava muito aos devedores e afastava a punição que era a falência.

Durante todo um período tivemos diversas tentativas de aperfeiçoar o Instituto de Falência, de forma que os Direitos dos credores sejam respeitados e os devedores tenham suas prerrogativas garantidas e que sejam punidos se assim ficar comprovada a fraude. Entre essas tentativas que perpetuaram por um tempo, temos a Lei nº 859, de 16 de agosto de 1902, que apresentou a ideia de síndicos nomeados pelas Juntas Comerciais e o afastamento do Ministério Público, do qual não teve êxito e aceitação por muito tempo, sendo assim no próximo ano o governo introduziu o Decreto nº 4.855, de 2 de junho de 1903.

Após cinco anos, foi sancionada a Lei nº 2.024 de 17 de dezembro de 1908, que trouxe inovações a este instituto, entre elas a presença do Ministério Público ativo durante todo processo. Tais medidas foram importantíssimas, de forma que a Lei vigorou por pouco mais de 25 anos, após, o Decreto nº 5.746, de dezembro de 1929 realizou algumas alterações.

Após este período em foi criada uma comissão de juristas onde pretendia-se renovar a legislação falimentar vigente, desta comissão nasce o Decreto-lei 7.661 de 21 de junho de 1945 Lei de Falência e Concordata, que esteve presente em nosso ordenamento jurídico a cerca sessenta anos, e praticamente foi revogado com a Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, nossa atual Lei de Falência e Recuperação Judicial.

### **1.1. Lei de Falência e concordatas (Lei nº 7.661, DE 21/06/45)**

É importante destacar na Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, o contexto histórico vivenciado naquela época. Era um período pós-guerra, onde se viabilizou a importância da manutenção das atividades empresariais, pois o empresário que decretava a falência prejudicaria toda uma sociedade, retardando o desenvolvimento e podendo até espalhar uma crise econômica e social.

Felizmente, aos poucos, juristas, economistas, sociólogos, cientistas sociais e políticos foram compreendendo, à luz da experiência das empresas em diferentes continentes, que as causas de insolvência, do inadimplemento, da cessação dos pagamentos eram não apenas de origem interna, mas, não raro, de origem externa, consequências diretas, imediatas e inevitáveis, ora da crise econômica mundial, ora da mutações na economia interna dos países por fatores externos, (...). (LOBO, 1998 p. 34)

Diante dessa conjuntura, o Estado se viu na obrigação de propor soluções para que o empresário mantivesse operante no mercado. Nesse decreto aprimorou-se os institutos da Falência e Concordata que poderia ser preventiva ou suspensiva.

Compreende-se como concordata preventiva aquela que advém antes do pedido de falência, proporcionando ao empresário chances de evitar a falência com dilatação ou remissão dos débitos. Estando prevista no art. 156 da Lei nº 7.661/45: “Art. 156. O devedor pode evitar a declaração da falência, requerendo ao juiz que seria competente para decretá-la, lhe seja concedida concordata preventiva”.

Já a concordata na modalidade suspensiva, e aquela concedida durante o processo de falência, irá suspender os efeitos da falência, proporcionando uma última oportunidade da empresa se reestruturar.

Machado (2007, p.22) discorre brevemente em sua obra sobre os institutos aprimorados pelo Decreto:

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

Lobo (1998, p.45) irá acentuar dentro deste mesmo conceito de favor legal:

Concordata preventiva é um favor ou privilegio legal, em benefício do devedor comerciante honesto e de boa-fé, que preenche determinados requisitos formais taxativamente previstos em lei e que não pode satisfazer no vencimento obrigação líquida e certa, constante de título que legitime a ação executiva.

Discorre ainda Doria (1997, p. 316): “A concordata deixa de ser uma concessão dos credores, para tornar-se obra do juiz, ou, em outros termos, “um favor do Estado, através do Poder Judiciário, concede ao devedor comerciante, infeliz de boa fé”.

Esse favor legal está ligado nitidamente ao poder do Estado em conceder a concordata, o Estado irá impor prazos ao concordatário fixados na lei, no qual os credores são obrigados a aceitar a concessão da concordata. Em outras palavras, não há acordo, mas sim uma imposição de prazos fixos que obrigará as partes assumi-las.

O nome “concordata” esvaziou-se do seu conteúdo, que era acordo. Hoje, no sistema jurídico brasileiro e noutros sistemas jurídicos, abstrai-se qualquer concordância, ou acordança. Os credores quirografários são sujeitos passivos na ação de decretação de concordata, ou, simplesmente, ação de concordata.

(...) na concordata de hoje, tal como a que concede o Direito brasileiro, não há mais qualquer resquício de concordância, de acordo. O Estado cumpre a promessa de tutela jurídica, construindo o estado de concordata, a que o devedor tem direito.” (LOBO, 1998 p.46)

Sempre houve uma crítica na concordata, pois os prazos concedidos impossibilitam muitas vezes o devedor honrá-los. Outra circunstância polêmica era que os credores não eram participantes de forma efetiva no processo de reestruturação da empresa, sendo muitas vezes lesados.

A sua realidade, contudo, é bem diversa. A concordata tem-se traduzido, na prática, em instrumento de burla, posto a serviço de devedores menos escrupulosos, que lançam mão do instituto quando já ruínosa a situação que se encontram. (DORIA, 1997 p. 314 e 315)

Doria (1997), continua em sua obra, que tais circunstâncias descritas acima, obrigou se a rever alguns aspectos, o que resultou na Lei nº 8.131/90, e que segundo ele tornou extremamente difícil a concessão da concordata para as grandes empresas e totalmente impossível para as pequenas e médias.

O professor Waldo Junior expõe em sua obra os problemas enfrentados pela Lei de falência e Concordata:

A LFC tornou-se obsoleta e seus princípios, no tocante aos efeitos do inadimplemento das obrigações, conservam relativa atualidade, o contexto de seus comandos passou a regular de forma deficiente e, às vezes, injusta, senão improdutiva, situações que demandavam um direito concursal mais ágil, protetivo da empresa, realista e eficaz. (FAZZIO JUNIOR, 2012, p. 102)

Mesmo que timidamente a concordata previa alguma medida para evitar a falência direta do devedor, tornou-se obsoleta ao passar dos anos diante do novo contexto histórico, sendo visível uma grande evolução tecnológica e econômica no Brasil. Sentiu-se então a necessidade de aprimorar a Lei de falência, atualizando seus aspectos que estavam ultrapassados e criando-se novos institutos para que realmente assegurasse o reestabelecimento da empresa em crise.

## **1.2. Lei de Falência e Recuperação de Empresas (Lei nº 11.101/2005)**

A Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 é decorrente da evolução histórica e econômica vivenciado no Brasil. Como afirma Waldo Júnior (2012, p. 103) “A transformação do direito concursal não é resultado de simples estatística nem de artificialismo doutrinário; advém de experiência.”

O Decreto-lei 7.66, de 1945 estava ultrapassado, a sociedade havia evoluído, a economia não era a mesma de 60 anos atrás, e neste contexto, nasce nos meados dos anos 90 o Projeto de Lei 4.376, de 1993, não extinguiu concordata, mas já trazia a necessidade de uma medida para preservar as empresas viáveis.

Esse projeto permaneceu inerte por quase 10 anos, que posteriormente foi retomada a discussão, pois havia uma tangível necessidade de atualização pois realidade era outra. Foi no ano de 2003 que se reformou o projeto anterior e deu uma nova visão ao projeto, que passou a ser Projeto Lei nº 71 de 2003.

Um dos princípios prioritários deste projeto é função social que o exercício das atividades empresariais executa. Compreende-se a necessidade de preservação da empresa,

onde deve-se fazer de tudo sempre que possível para preservar suas atividades. É o que relata Machado, quando cita o Projeto Lei n. 71 ressaltando os 12 princípios adotados:

Preservação da empresa: Esse princípio, que é o fundamento do próprio Projeto, leva em conta a função social da empresa, que deve ser preservada sempre que possível. É ela uma fonte geradora de riqueza econômica e geradora de emprego e renda, “*contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País*”. (MACHADO, 2007, p.25, grifo do autor)

O Instituto de Recuperação Judicial nasce deste princípio, a fim de preservá-la, onde deve se analisar e identificar a crise existente, e se a empresa é viável ou inviável, observando a viabilidade da empresa e a legislação deve proporcionar meios eficazes para que este empresário possa sobreviver a este período e com isso preservar a função social.

Percebe-se a importância da manutenção do exercício das atividades empresariais, pois considera-se que toda sociedade irá se beneficiar e uma empresa falida irá trazer um prejuízo coletivo dentro de uma sociedade.

Dentro outros assuntos trazidos no projeto, foi a definição e separação dos conceitos de empresa e empresário, a proteção aos trabalhadores, a celeridade e eficiência nos processos judiciais.

A nova legislação permite que a empresa tenha oportunidades reais de reestabelecer dentro do mercado, antes o processo era lento e muitas as vezes ineficaz, ou seja, quando se invocava a concordata o empresário não conseguia cumprir os prazos estabelecidos e com isso decretava a falência, raros eram os casos da reestruturação das atividades empresariais.

Muitos são os elogios à nova Lei de Falência recuperação judicial, como Negrão traz em sua obra:

A nova Lei de Falência merece elogios quanto à apresentação didática dos institutos por ela regulada. Diversamente do que ocorria com o Decreto-Lei nº 7.661/45, a arquitetura do novo contexto permite pronta visualização e apreensão intelectual dos conceitos e procedimentos falimentares. (NEGRÃO, 2014, p.56).

Por outro lado, Fazzio Júnior (2012, p. 105) “A LRE não é boa nem má: é uma necessidade ditada por uma conjuntura socioeconômica à qual precisa se ajustar, com pretensão corretiva.”

A Lei 11.101/05 se pretende retratar a atual realidade Brasileira, ou seja, traz em sua essência a preocupação com coletividade, onde não se estende apenas ao credor e ao devedor, mas a toda sociedade envolvida de forma direta ou indireta. Atende desta forma não só os interesses econômicos, mas também aos interesses sociais.

De forma simplificada, é possível afirmar que houveram as seguintes alterações: o instituto de Falência é aprimorado, ou seja, continua existindo, porém passou por alterações; a concordata é totalmente excluída dando lugar ao novo instituto que é a Recuperação Judicial, seja ela judicial ou extrajudicial; uma das alterações importantes é a real participação dos credores nos processos de falência e recuperação.

Em relação a estrutura da Lei, ela é composta por 201 artigos, sendo organizados de forma sistemática 8 capítulos. Em relação a Recuperação da atividade empresarial a nova Lei apresenta duas formas distintas, caracterizando pela intensidade da intervenção judicial. Neste aspecto sintetiza Negrão (2014, p. 157):

- a) recuperação *judicial*, que prevê uma forma ordinária, prevista nos arts. 47-69, e outra especial, destinada às microempresas e empresas de pequeno porte (arts. 70-72);
- b) recuperação *extrajudicial*, plano consensual de viabilização da empresa realizado entre devedor e credores, sujeito à homologação em Juízo, que compreende outras três subespécies:
  - *individualizado*, também chamado “plano meramente homologatório”, previsto no art. 162;
  - *por classe de credores*, nominado “recuperação impositiva”, fundamentado no art. 163; e
  - *modalidade aberta*, consiste em qualquer acordo privado entre o devedor e seus credores (art. 167)

### 1.3. Recuperação de empresa e o direito comparado

De fato, a nova Legislação foi inspirada as novas tendências de legislações internacionais relacionadas ao Instituto de Falência e Recuperação judicial, a preocupação com preservação da função social da empresa é uma questão já legislada em diversos países. Dentre os quais cada país irá legislar para solucionar o problema dentro do seu contexto histórico e social vivenciado.

Em Portugal, o Decreto-lei nº 53/2004 foi inspirado nas legislações espanholas e alemãs e trouxe algumas inovações que não foram incorporadas pela nossa legislação algumas delas são:

A lei portuguesa não distinguiu duas fórmulas, a da recuperação e falência. É um só sistema e se denomina insolvência. São os credores que irão decidir primordialmente se vão levar a empresa à falência ou se tentarão a recuperação. A diferença é de concepção. Não será o próprio devedor quem avalia a conveniência de postular a recuperação, mas são os credores que aplicarão a correta solução, de acordo com o mercado. (SALOMÃO, 2012, p.12)

Outra diferença marcante entre a legislação portuguesa e a brasileira, é que no Brasil o Juiz quem determinará o administrador judicial, e em Portugal são os credores que indicarão o administrador, sendo que o magistrado apenas controlará sua atuação.

Na Itália teremos o Decreto Lei nº 267 de 16 de março de 1942, que tem como ideia principal a administração controlada como explica Zanetti:

Na Itália o devedor apresentará seu plano junto ao tribunal, que o colocará em votação aos credores, os quais farão uma avaliação da capacidade de recuperação do devedor como se passa na França, mas a inclusão de um crédito ao processo dependerá sempre da aprovação do plano de recuperação pela maioria dos credores, assim, um credor individualmente não se decidirá sobre o futuro da empresa. (ZANETTI, 2000, p. 55)

Ainda neste mesmo sentido complementa Coelho (2016 p. 163):

Na Itália o instituto ligado a recuperação da empresa é a administração extraordinária, em que a gestão e reorganização da atividade econômica são orientadas e fiscalizadas por um comissário nomeado pelo juiz. Trata-se de figura estreita, bastante criticada, que não tem conseguindo impedir muitas falências.

Na França, reconhece a importância da preservação das atividades empresariais, prevendo com isso uma conciliação entre o devedor e o credor para recuperação das atividades empresariais. A Lei nº 2005-845, de 26 de julho de 2005, tem as seguintes finalidades, dos quais discorre Negrão em sua obra:

As finalidades dos novos institutos franceses foram definidas pelo legislador nos arts. 611-7, 620-1 e 631-1 do Código Comercial reformado: pôr fim às dificuldades da empresa (procedimento de conciliação – *conciliation*), facilitar a reorganização da empresa a fim de permitir a manutenção da atividade econômica e da empresa e à apuração do passivo (procedimento de proteção – *sauvegarde*), permitir a manutenção da atividade empresarial, a manutenção do emprego e a apuração do ativo (procedimento de recuperação – *redressement*). (NEGRÃO, 2014, p.56).

Nos Estados Unidos a recuperação judicial é tratada como a reorganização, expressamente no *Bankruptcy Code*, em seu capítulo 11. Coelho (2014, p.164) discorre:

Nos Estados Unidos, o Capítulo 11 do *Bankruptcy Code*, cujas as raízes se encontram na crise no setor ferroviário da segunda metade do século XIX, preocupa-se com a criação de um cenário, propício às negociações entre os interessados. Soluções como a conversão total ou parcial de créditos em capital da devedora, que tornam credores sócios, e outras são objeto de um plano de reorganização geralmente fruto de acordo entre os envolvidos. O Poder Judiciário costuma intervir apenas para garantir o tratamento justo e equitativo entre as diversas classes dos credores.

A empresa como um ente importante dentro do desenvolvimento econômico de Estado, leva aprimoramento dos institutos para evitar a morte definitiva, que é a falência.

## CAPÍTULO II DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

### 2.1 Conceitos

Neste capítulo será abordado a recuperação de maneira ampla. A Lei nº 11.105/05 veio para aprimorar o ordenamento jurídico, proporcionando entre outras coisas a segurança entre empresário e credores.

Um das grandes evoluções que a Lei nº 11.101/05 trouxe, foi a separação dos conceitos de empresa, empresário e estabelecimento empresarial, resultado de um processo histórico, cuja as realidades obrigaram a distinção dos termos.

É expressa a preocupação do legislador nesta diferenciação, Mamede leciona neste aspecto:

Mas a empresa (a fonte pagadora) não se confunde com empresário ou sociedade empresária. Os interesses do empresário ou da sociedade empresária devedora não estão sequer contemplados pelo artigo 47 da Lei 11.101/05. Embora a recuperação da empresa possa atender aos interesses e direitos patrimoniais do devedor ou da sociedade empresária, não é essa a finalidade da recuperação judicial da empresa: não se defere recuperação para proteger o empresário ou a sociedade empresária (nem os sócios e administradores desta). (2014, p.123)

São conceitos que se correlacionam, porém distintos entre si, conforme discorre Oscar Barreto Filho em sua obra:

Ao conceito básico de empresário se ligam as noções, também fundamentais, de empresa e de estabelecimento. São três noções distintas, mas que na realidade se acham estreitamente correlacionada. O empresário, como vimos, é um sujeito de direito, e a empresa é a atividade por ele organizada e desenvolvida, através do instrumento adequado que é o estabelecimento. A figura do empresário é determinada pela natureza da atividade por ele organizada e dirigida, sob este aspecto, a noção de empresário é, logicamente, um corolário da noção de empresa. (BARRETO FILHO, 1988, p. 115)

Coelho (2016) defende que apesar dos conceitos se correlacionarem, são distintos, esclarecendo que a empresa deve ser definida como atividade revestida de duas características: econômica e organizada. Elucida outro ponto, quanto o emprego de forma correto do conceito empresa, só deverá ser utilizado quando se tratar de um sinônimo de empreendimento.

Já em relação ao empresário invocamos a literalidade do artigo 966 do Código Civil: “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. ”

Coelho (2016) conceitua empresário como o profissional que explora a atividade empresarial, e quando cita o termo profissional define como o que exerce com habitualidade e

personalidade. Desta forma o empresário será um profissional que conhece o seus bens e serviços oferecidos, exercendo de forma organizada, ou seja, possui pessoas para execução da sua finalidade, que seria obtenção de lucros.

Deve-se distinguir os sócios de um empresário, pois os sócios podem ser apenas investidores, já o empresário exercerá a atividade empresarial com personalidade, sendo que este possuidor tem o dever de conhecer os bens e serviços e os aspectos que rodeiam a atividade empresarial.

Por fim, o estabelecimento empresarial, que nada mais é que o local onde a empresa irá executar, desenvolver sua atividade. Conforme a próprio Código Civil define: “Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.”

## 2.2 Crises

Nota-se que o Instituto de Recuperação Judicial se preocupa com a empresa em si, estabelecendo formas reais para que essa empresa sobreviva na crise existente. Nasce neste sentido a atenção de se identificar a crise existente na empresa, uma vez identificada é possível traçar medidas de reparação.

Fazzio Júnior considera importante a diferenciação da situação de insolvência e iliquidez, que são modalidades de crise econômico-financeiro, esclarecendo desta forma o que seria empresa no estado de liquidez:

E uma conjuntura em que o devedor solvente não consegue solver com pontualidade. Tem o patrimônio suficiente para superar suas obrigações, mas não consegue realizar, imediatamente, os valores necessários para cobrir os débitos nos respectivos vencimentos, por razões de etiologia diversas. (FAZZIO JUNIOR, 2012 p. 131)

Progredindo em sua análise define o estado de insolvência como o mais grave encontrado na crise econômico-financeiro: “A insolvência em sentido restrito ultrapassa o âmbito meramente financeiro; é o patrimonial. Representa estágio negativo mais grave, quando os ativos do devedor são insuficientes para solucionar seu s passivos.” (FAZZIO JUNIOR, 2012 p.131-132).

Coelho por sua vez, desenvolve sobre as formas de manifestação da crise:

A crise da empresa pode manifestar-se de formas variadas. Ela é econômica quando as vendas de produtos ou serviços não se realizam na quantidade necessária à manutenção do negócio. É financeira quando falta à sociedade empresária dinheiro em caixa para pagar suas obrigações. Finalmente, a crise patrimonial se o ativo é inferior ao passivo, se as dividas superam os bens da sociedade empresária. (2014, p. 242)

Na extensão do seu estudo defende que a empresa em crise irá apresentar as três modalidades: “A queda das vendas acarreta falta de liquidez e, em seguida, insolvência [...]”. (COELHO, 2016 p. 26)

O estado crítico da empresa é a insolvência, desta forma a relevância da identificação primária a crise, antes que a mesma se torne irreversível. Conforme relata Negrão (2014, p. 157): “Na crise econômico-financeira há um ponto-limite que não pode ser ultrapassado, sob pena de o devedor perceber tardiamente que não pode mais atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial, restando-lhe requerer sua própria falência (art. 105).”

Uma vez identificado a crise, é possível verificar a viabilidade da empresa, e se é possível uma elaboração de plano de Recuperação judicial.

### 2.3 Finalidade

A Recuperação Judicial é um mecanismo que possui a finalidade de recuperar empresas viáveis que passam por uma crise econômico-financeira. É a possibilidade de reagirem e assim retornarem ao mercado, e conseguindo de fato exercer a sua função social.

A própria Lei 11.101/05 em seu artigo 47 traz a finalidade de recuperação judicial:

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.

Neste aspecto discorre Coelho (2014, p.395-396):

[...]Saneamento da crise econômico-financeira e patrimonial, preservação da atividade econômica e dos seus postos de trabalhos, bem como o atendimento aos interesses dos credores. Diz-se que, recuperação, a empresa poderá cumprir sua função social.

Fazzio Junior irá além, sintetizando que a Recuperação Judicial não está apenas ligada em sanar a crise econômica financeira do devedor, ou apenas os interesses dos credores, tal instituto foi criado para ir além, conforme leciona:

[...]. Na ação de recuperação judicial o objeto mediato é a salvação da atividade empresarial em risco e o objeto imediato é a satisfação, ainda que pontual, dos credores, dos empregados, do Poder Público e, também, dos consumidores. Não é mera a declaração de reconhecimento de uma situação em crise que o Direito considera relevante. É a instituição de um regime jurídico especial para o encaminhamento de soluções para referida crise, seus desdobramentos e repercussões. (FAZZIO JUNIOR, 2012 p. 126)

É notável verificar a viabilidade de uma empresa para se requerer a recuperação judicial, não se deve almejar recuperar de maneira robusta toda e qualquer empresa. A Lei foi elaborada para proporcionar a empresas viáveis uma recuperação, conforme discorre o professor Fazzio Júnior: “ Empresa viável tem interesse na recuperação judicial. Para a inviável, a solução jurídica é a falência. ” (2012, p. 126)

O Estado não sanará a crise econômico-financeira da empresa, mas proporcionará mecanismo para que empresa possa superar por si só. Esse mecanismo seria própria regulamentação que orienta a intervenção estatal. Está intervenção estatal está prevista na Constituição Federal: “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. ”

A recuperação judicial é uma forma do Estado intervir no domínio econômico afim de assegurar o interesse da coletividade, é o que defende Meirelles em sua obra:

Os fundamentos da intervenção na propriedade e no domínio econômico, repousam na necessidade de proteção do Estado aos interesses da comunidade. Os interesses coletivos representam o direito do maior número, e, por isso mesmo, quando em conflito com interesses individuais, estes cedem àqueles, em atenção ao direito maioria, que é a base do regime democrático e do direito civil moderno. (MEIRELLES, 1985 p. 496)

Coelho afirma que algumas empresas apresentem crises, porém investidores vislumbram uma possibilidade de ainda obter lucros, e investem para reorganizar a atividade empresarial, possibilitando reestruturação da empresa. Este fenômeno é chamado de solução de mercado “Outros empreendedores e investidores dispõem-se em prover recursos e adotar as medidas de saneamento administrativo necessários a estabilização da empresa, porque identificam nela uma oportunidade de ganhar dinheiro. “ (2014, p. 244)

Será necessário a intervenção estatal quando a solução de mercado é possível, porém há um impedimento para que isso aconteça, que é o valor idiossincrático, que nada mais é do que a maneira pessoal e subjetiva que o empresário vê a sua empresa. Como conceitua Coelho em sua obra:

O valor idiossincrático da empresa é o atribuído exclusivamente pelo seu dono (melhor: pelo controlador da sociedade empresária que a explora). [...]. Trata-se de um valor subjetivo e individual, derivado da autoimagem do empreendedor, da qual a empresa serve de projeção psicológica. [...]. A característica essencial da valorização idiossincrática é a de que nenhum empreendedor, especulador, corretor, especialista em avaliação de ativos ou qualquer outro agente econômico acha que a empresa vale o quando o dono quer. (COELHO, 2016 p. 167)

Deste modo a Recuperação Judicial será viável, quando identificado a crise, verificasse a possibilidade de ter uma solução de mercado, porém o valor idiossincrático irá ser obstáculo para que se concretize tal solução.

A recuperação da empresa por intervenção do aparato estatal (Executivo ou Judiciário) é justificável apenas se a solução de mercado não pode concretizar-se por disfunção do sistema de liberdade de iniciativa, na hipótese de o empreendedor atribuir à empresa, por exemplo, valor idiossincrático. (COELHO, 2014, p.46)

Compreende que nem sempre será a necessário a intervenção judiciaria para auxiliar a empresa a se recompor. Porém uma vez necessário o empresário poderá acionar, pois a manutenção de empresas viáveis dentro da economia de Estado é interesse coletivo, logo será sua responsabilidade oferecer mecanismo para que isso ser eficaz.

## 2.4 Pressupostos

Só poderá solicitar a Recuperação Judicial quem está correndo risco de falência. Deste modo somente o devedor terá legitimidade para requerê-la, e ninguém além do próprio devedor tem que ter interesse para requerer. Neste ponto discorre Coelho (2016, p.172):

Se credores, trabalhadores, sindicatos ou órgão governamental tiverem um plano para a reorganização da atividade econômica em estado pré-falencial, não poderá ter início ao processo de recuperação judicial caso o devedor não tenha interesse ou vontade fazê-lo.

Só caberá exceções caso haja o falecimento do devedor, previsto no artigo art. 48, § 1º da Lei 11.101/05: “A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente. ”

Outro aspecto importante é verificar quais empresas são legitimadas a requerer a recuperação judicial, somente poderão se beneficiar do instituto da recuperação judicial as sociedades empresárias, o empresário individual e empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI. Sobre as exclusões leciona Coelho:

As sociedades em comum, de economia mista, cooperativa ou simples não podem pleitear a recuperação judicial exatamente porque nunca podem ter falência decretada. Neste contexto, estão também excluídas deste benefício, integrantes do sistema de distribuição de títulos ou valores mobiliários nos mercados capitais, corretores de cambio (Lei n. 6.024, art. 53) seguradoras (Decreto-Lei n. 73/66, art. 26), operadoras de planos privados de assistência à saúde (Lei n. 9.656/98, art. 23) e concessionárias de energia elétrica (Lei n. 12.767/2012, art. 8º). (COELHO, 2016 p. 173)

Desta forma, após ser constada a crise, verificada a viabilidade econômica e social, sendo uma empresa que se enquadra dentro legislação e se for vontade do devedor requerer o

direito de recupera-la via judicial, basta compreender e preencher os requisitos estabelecidos pela lei.

#### 2.4.1 Requisitos e Impedimentos

A Lei não expressa em seu texto os impedimentos para se requerer uma recuperação judicial, esclarece apenas os requisitos necessários para acioná-la, sendo que na ausência de algum requisito a empresa não poderá se beneficiar deste Instituto:

Os requisitos conforme o artigo 48 da Lei 11.101/05 são:

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

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

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

III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo.

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

Os requisitos apresentados, deixam claro a preocupação do legislador em conceder tal benefício a situações e pessoas que não necessitam, e que porventura desejarem usufruir indevidamente. A Lei só será eficaz quando se é possível concretizá-la na real situação em tinha por objetivo atingir.

Em seu *caput*, pode-se observar um primeiro ponto ao se tratar o exercício regular da empresa, sendo que ao fazer referência, está citando que empresa deverá possuir o seu registro regular na Junta Comercial, no qual deve ser comprovado por meio de certidão emitida pelo próprio órgão. Neste contexto Negrão afirma:

Significa dizer que aquele que exerce atividade econômica sem a inscrição no órgão de Registro Público de Empresa, como determina o art. 967 do Código Civil, ficará impedido de requerer a recuperação judicial ou a homologação da recuperação extrajudicial. (2014, p. 197)

Um segundo aspecto e relacionado ao tempo que a empresa existe e está funcionando, estabelecendo dois anos, tendo como objetivo evitar a concessão a empresas prematuras, recém-constituídas. Não só está registrado mas exercer a atividade de forma regular há mais de dois anos, como esclarece Mamede:

Nota-se que o legislador não disse estar inscrito no Registro do comércio há mais de dois anos, mas exercer de forma regularmente suas atividades há mais de dois anos; o requisito portanto, não é atendido pelo tempo de registro, mas pelo tempo efetivo do exercício da empresa, aferido nas escriturações e demonstrações contábeis, designadamente o livro Diário. (2014, p. 124)

O próximo requisito refere-se ao falido, do qual o mesmo poderá pleitear a recuperação judicial se suas obrigações estiverem extintas, nas modalidades do artigo 158 da própria lei. As extinções de suas responsabilidades devem constar na sentença transitada em julgado.

Seguindo a análise, o impedimento de não ter recebido a concessão há menos de cinco anos (art. 48, II e III). Deste modo empresas que já obtiveram o benefício do instituto de recuperação, não poderão pleitear um novo pedido por um período mínimo de 5 anos. Negrão (2014, p. 163) esclarece como é a contagem do prazo: “ Para as modalidades de recuperação judicial ordinária e especial o termo inicial da contagem dos prazos é a data da decisão que concede a recuperação judicial. ”

Por fim o impedimento de não ser condenado por crime previsto na Lei 11.101/05, normalmente previsto em seu artigo 181. A presença deste impedimento traz críticas a respeito da confusão que faz entre o empresário e a empresa, pois a separação dos termos e conceitos é uma das inovações advindas da legislação, com a finalidade de alcançar a empresa em sua completude. Neste ponto pondera Lobo apud Negrão (2014, p. 165):

[...] o art. 48, IV, parte final, representa um retrocesso, porquanto confunde a empresa com o empresário, a empresa em seus administradores e despreza o fato inconteste de que a empresa é um centro de atividades e um centro de interesses autônomo e independente, consoante consagrado no direito francês pela Lei n. 67-563, de 13 julho [...].

Neste caso é lucido observar o art. 5º, LVII da Constituição Federal: “ ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória ”. Mamede ressalta que só se considera culpado após a sentença transitada em julgado: “Assim, será preciso condenação transitada em julgado para tornar impossível o pedido de recuperação judicial”. (2016, p. 126)

Outro aspecto importante a ser ressaltado neste requisito é reabilitação penal prevista nos artigos 93 a 95 do Código Penal Brasileiro:

Não se esqueça aqui da figura da reabilitação penal, prevista nos artigos 93 a 95 do código penal e que alcança qualquer condenação em qualquer tipo penal e assegura ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação. [...]. Assim, não se aplica o artigo 48, IV, da Lei 11.101/05 quando, apesar da existência de condenação por qualquer um dos crimes previstos naquela mesma lei, o empresário,

administrador ou sócio controlador já houver sido penalmente reabilitado. (MAMEDE, 2014 p. 126-127)

## 2.5 Meios de Recuperação Judicial

Os meios de Recuperação Judicial estão previstos no artigo 50 da Lei 11.101/05:

Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;

II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;

III – alteração do controle societário;

IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos;

V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar;

VI – aumento de capital social;

VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados;

VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva;

IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro;

X – constituição de sociedade de credores;

XI – venda parcial dos bens;

XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica;

XIII – usufruto da empresa;

XIV – administração compartilhada;

XV – emissão de valores mobiliários;

XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

Neste artigo é evidente a flexibilidade dos meios utilizados para recuperar uma empresa em seu estado de crise, desta forma Negrão (2014, p. 175) conceitua os meios: “Meio de recuperação é procedimento corretivo de atuação gerencial, caracterizado por ações de reestruturação, reorganização e de saneamento, exercidas sobre um, alguns ou todos os aspectos da empresa, com vistas à solução da crise econômico-financeira. “

Porém esses meios expostos pela legislação são exemplificativos, permitindo que o devedor apresente qualquer outro meio para se reestruturar, desde que a finalidade esteja vinculada a estes apresentados, e que discorre Mamede (2014, p. 159): “ [...] trata-se de uma relação meramente exemplificativa, podendo ser adotados outros meios, desde que logrem a concordância entre o devedor e a assembleia de credores. ”

O primeiro meio abordado é a dilatação dos prazos, sendo o mais próximo da concordata preventiva prevista na legislação anterior, pois prevê a dilatação dos prazos para quitação da dívida e a remissão de valores. A diferença entre os institutos é que a recuperação judicial não irá estipular prazos e valores, permitindo dessa forma o acordo (negociação) real entre o devedor e o credor.

O segundo meio são as operações societárias conforme define Coelho (2014, p. 200):

As operações societárias – cisão, incorporação, fusão ou transformação -, além da constituição de subsidiária integral e venda de quotas ou ações, representam instrumentos jurídicos que, por si sós, não são aptos a proporcionar a recuperação da empresa em crise. É necessário contextualiza-las num plano econômico que mostre como sua efetivação poderá acarretar as condições para reerguimento da atividade.

O meio seguinte é o controle societário do qual pode ser total ou parcial, sendo total com substituição total, e a parcial com o ingresso de um novo sócio controlador conforme trata Coelho (2016), que ainda ressalta, que deve se apresentar medidas conjuntas com essa alteração para ter efetividade tal alteração, afirmando que a mera substituição não terá nenhum efeito.

O próximo meio é o que ocorre praticamente em toda recuperação, pois está ligado no exercício da má administração, deste modo requer a substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação dos seus órgãos administrativos, medida prevista no art. 50, IV. Mamede tem a seguinte compreensão:

Em empresas familiares, nas quais a crise econômico-financeiro se mostre resultado da pouca habilidade das novas gerações para a condução dos negócios, pode-se estabelecer a administração profissional, afastando os sócios do cotidiano da empresa, mas conservando seus direitos societários (inclusive a participação nos lucros). (2014, p. 160)

A Lei em seu artigo 50, “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” tal medida é esclarecida por Coelho (2016, p.202): “Trata-se de admitir um grau mínimo de ingerência dos credores na administração da sociedade empresária em recuperação, visando garantir-lhes que se tentarão realizar os objetivos explicitados no plano reorganização. ”

Porém Mamede deixa claro que é uma medida transitória: “Assim, a concessão de poder de eleição separado dos administradores ou, mesmo do poder de veto, não pode ser indefinida, prolongando-se mesmo após a superação da crise e pagamento dos credores; é a medida essencialmente excepcional e transitória. ” (2014, p. 160)

Outra medida semelhante a está, é a administração compartilhada (art. 50, XIV), que será a divisão de responsabilidade na reestruturação da empresa em crise.

O aumento do capital social (art. 50, VI) pode ocorrer por ingresso de novos sócios ou pelos próprios sócios já existentes. Negrão (2016, p. 188) descreve a importância deste meio: “O aumento de capital é o modo pelo qual se apreende com maior facilidade o mecanismo de recuperação de empresa: o ingresso de recursos pela confiança que os investidores – novos sócios ou atuais – depositam no plano apresentado pelos administradores ou titular da empresa.”

O meio exposto em seu art. 50, VII é trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive a sociedade constituída pelos próprios empregados. Negrão (2014, p. 188) conceitua trespasse “ A expressão “trespasse” consagrada pela doutrina significa cessão ou alienação de estabelecimento empresarial”. Coelho irá interpretar o meio:

No primeiro caso, opera-se a venda do estabelecimento para quem está em condições de nele explorar a mesma atividade econômica de mais competente. No segundo, a propriedade do estabelecimento continua da sociedade devedora, mas a direção da atividade econômica passa às mãos de arrendador que presumivelmente está em melhores condições de promover sua recuperação. (2016, p. 203)

A Lei ainda irá garantir que o arrendatário poderá ser uma sociedade de empregados da empresa em crise, pois segundo a posição do legislador são eles os mais interessados na recuperação.

São muitas as empresas que apresentam dívidas gigantescas ao se buscar a parte trabalhista, sendo isto, uma realidade abordada pelo legislador, no qual prevê uma medida de acordo entre empregador e os empregados, é o que traduz no art. 50, VIII: “ redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva”. Conforme discorre Coelho, depende da aceitação dos trabalhadores: “ Essa medida é claro não depende não só da aceitação dos órgãos da recuperação judicial, durante a tramitação do processo, como principalmente dos empregados atingidos e do sindicato que os assiste. ” (2014, p. 203)

Deste modo deve-se ter um contrato coletivo elencando tais medidas adotadas. É interesse dos trabalhadores a reestruturação da empresa, para manter seus postos de trabalho, sendo um sacrifício considerado.

A dação em pagamento ou novação (art. 50, IX) Coelho irá conceituar:

Pela dação em pagamento, um ou mais credores concordam em receber bem diverso do contratado como meio de solução da obrigação ativa que titularizam; pela novação, que pode ser subjetiva ou objetiva, substituem-se elementos das obrigações existente, dando ensejo à sua substituição por outras novas. (2016, p. 203-204)

Este meio está diretamente ligado ao meio sugerido no art. 50, XVI, pelo qual cria-se uma sociedade de propósito específico que seria para administrar tais acordos.

Uma parte interessada ao saneamento da crise é os credores, e por este motivo o legislador previu a possibilidade de uma constituição de sociedade de credores. Coelho esclarece tal formação: “Neste caso, o credor concorda em substituir o crédito titulado perante a sociedade por participação societária. Reduz-se o passivo da sociedade ao mesmo tempo que aumenta seu capital social.” (2016, p. 204). Vale pontuar que se houver fracasso na recuperação e assim invocado a falência, o sócio irá retornar à condição de credor.

A venda parcial dos bens (art. 50, XI) pode ser caracterizado por uma fonte de recursos para saneamento da crise, porém deve-se sempre observar a importância do bem a ser alienado. Conforme discorre Coelho (2016, p. 204): “Deve-se, contudo, verificar a importância do bem a alienar para a continuidade da empresa. Se for bem de produção essencial à atividade econômica explorada, sua alienação poderá ter o sentido inverso, de apressar a crise.”

A medida seguinte a ser explorada é a equalização de encargos financeiros (art. 50, XII), este meio irá tratar Coelho (2016, p. 205): “Trata-se de impor a determinados credores redução no seu crédito, sob a justificativa de que ela não lhes acarretará prejuízo.”

## 2.6 Órgãos da Recuperação Judicial

A recuperação judicial requer um processo minucioso, pois uma vez que concede o benefício tenta assegurar direitos de todos envolvidos neste processo. Neste aspecto o legislador criou órgãos que irão auxiliá-lo a fim promover uma real participação dos envolvidos.

A recuperação judicial é um processo peculiar, em que o objetivo buscado – a reorganização da empresa explorada pela sociedade empresária devedora, em benefício desta, de seus credores e empregados e da economia (local, regional ou nacional) – pressupõe a prática de atos judiciais não somente pelo juiz, Ministério Público e partes. Em vista da complexidade dos interesses envolvidos e dos fundamentos técnicos da recuperação de qualquer empresa em crise, fazem-se necessárias a constituição e a operacionalização de instâncias deliberativas e fiscais para que a empresa explorada pela sociedade devedora consiga remodelar-se e sobreviver. (COELHO, 2014 p. 406-407)

Desta forma o legislador constitui órgãos específicos da recuperação judicial: Assembleia Geral dos Credores; o Comitê e o Administrador Judicial.

### 2.6.1 Assembleia geral dos credores

Assembleia Geral dos Credores tem como finalidade a participação efetiva dos credores, nos quais serão responsáveis pela aprovação de diversas medidas dentro do processo judicial é o que discorre Coelho (2016, p. 407): “Assembleia Geral dos Credores é o órgão colegiado e deliberativo responsável pela manifestação do interesse ou vontade predominantes entre os que titularizam crédito perante a sociedade empresária requerente da recuperação judicial sujeitos aos efeitos desta.”

A regulamentação da Assembleia Geral dos Credores está prevista nos artigos 35 ao 46 da Lei 11.101/05, no qual esclarece a forma pelo qual deve proceder sua instalação, como deve ser composta e sua finalidade dentro do processo.

Em relação a legitimidade para requerer a convocação da Assembleia Geral dos Credores, o Juiz poderá solicitar sempre que julgar necessário. Outra possibilidade é os credores que representar em no mínimo 25% do valor total dos créditos poderão requerer ao juiz a convocação da assembleia, que deve ser feita com antecedência mínima de 15 dias via edital que deverá ser publicado em jornal de grande circulação na localidade da sede da empresa, bem como deve ser exposto no estabelecimento empresarial, deve estar exposto local, data e hora, a ordem de atos do dia, e o local e que credores poderão obter a cópia do plano de recuperação a ser submetido à deliberação.

Em uma primeira convocação para a instalação da assembleia será exigido a presença de credores titulares de mais da metade dos créditos de cada classe. Não sendo possível o quórum deve-se realizar uma segunda convocação no intervalo de 5 dias, onde os trabalhos serão iniciados na presença de qualquer número.

O artigo 35 da respectiva Lei irá definir a função da Assembleia Geral dos Credores:

Art. 35. A assembleia-geral de credores terá por atribuições deliberar sobre:

I – na recuperação judicial:

- a) aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor;
- b) a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição;
- c) (vetado)
- d) o pedido de desistência do devedor, nos termos do § 4o do art. 52 desta Lei;
- e) o nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor;
- f) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores;

Verifica-se neste artigo a importância deste órgão dentro do processo de recuperação judicial, Coelho (2014) irá afirmar que não é possível a tramitação da recuperação judicial

sem atuação deste colegiado, pois uma de suas finalidades é a aprovação do plano recuperação apresentado pelo devedor.

As assembleias serão custeadas pelo devedor, e quem deve organizá-la é o Administrador Judicial, no qual será responsável por presidi-la, a Lei traz a exceção quando o objetivo da assembleia for o afastamento do Administrador Judicial, nesta hipótese será presidida pelo credor que estiver presente e possuir o maior crédito. Referente a condução dos trabalhos pelo o presidente da assembleia esclarece Coelho (2014, p. 408):

Das discussões e deliberações havidas, será lavrada a ata com a assinatura dele, do secretário, do representante legal da sociedade devedora (se presente) e dois membros de cada uma das classes de credores votantes (isto é, não exigem as assinaturas de representantes de classe ou classes que não funcionaram como instância deliberativa). Os subscritores da ata testemunham a fidelidade do conteúdo do documento. O registro assim formalizado deve ser juntado aos autos do processo de recuperação judicial em 48 horas, juntamente com a lista de presença.

A recuperação visa proteger os interesses coletivos, sendo, portanto, um processo que não poderá correr em segredo de justiça em regra. Deste modo, toda e qualquer pessoa interessada credora ou não pode participar das assembleias, porém não terão direito ao voto.

A assembleia será composta por três classes conforme é exposto em seu art. 41 da Lei 11.101/05: A primeira os detentores de créditos trabalhista ou acidentários, a segunda classe seria os titulares de crédito com garantias reais e por último a classe dos créditos quirografários.

Deste modo Fabio Coelho elucida a respeito do quórum para votação de deliberações:

Para a generalidade das matérias, a Assembleia dos Credores delibera por maioria simples, ou seja, pelo voto da maioria dos credores presentes ao encontro, computado proporcionalmente ao valor dos créditos.

Na votação do plano de recuperação, contudo, exige a lei para aprovação o atendimento concomitante a duas condições: a) voto favorável da maioria dos credores em cada uma das três instâncias classistas, computada com base apenas no número dos presentes à Assembleia; b) voto favorável da maioria dos credores presentes nas classes de não empregados, computada com base no valor dos seus créditos. (2014, p. 414)

## **2.6.2 Comitê**

Diferentemente da Assembleia Geral dos Credores, o Comitê é um órgão facultativo no processo de recuperação sendo, portanto dispensável em casos que não houver complexidade no passivo da empresa do devedor. É o que sustenta Coelho: “ Em nenhuma hipótese será obrigatório. Mesmo nas recuperações de macroempresas, se eventualmente o perfil passivo não ostentar maior complexidade, não determina a lei instauração e funcionamento do Comitê. ” (2014, p. 415)

Quem irá determinar a constituição do Comitê será os credores, não deve solicitar quando evidenciar a complexidade do passivo, não sendo necessário a maioria. Desta forma, se apenas uma classe compreender necessário, ele poderá requerer a formação. Uma vez requerido sua formação caberá a Assembleia Geral dos Credores, do qual é responsável pela eleição dos seus membros. Mesmo que não houver representantes de alguma classe, por falta de indicação pode executar sua função. Vale ressaltar que as decisões sempre serão conjuntas, vedadas a decisão individual a respeito das ações exercidas pelo Comitê.

Ao que se refere a função Coelho irá assim sintetizar:

A competência ordinária do Comitê, quando instalado, é a de fiscalizar a administração da sociedade que pleiteia a recuperação judicial. Além disso, o Comitê pode elaborar plano de recuperação alternativo e quando afastada a administração da sociedade em crise, requer ao juiz a autorização para a prática de determinados atos. (2014, p. 418)

Vale ressaltar que sua principal função é a de fiscalizar, deste modo verificou-se quaisquer irregularidades cometidas pelo administrador judicial ao que se refere ao passivo da empresa em recuperação, deve investigar e se for constatada a veracidade dos fatos, deve-se requerer ao juiz que tome medidas necessárias para sanar tais irregularidades.

As empresas em que é necessário a constituição de um Comitê, por não ser complexas ou por algum outro motivo, as funções compreendidas a este órgão serão transferidas ao juiz.

### **2.6.3 Administração judicial**

O terceiro e último órgão auxiliar é o Administrador Judicial está regulamentado no artigo 21 da Lei 11.101/05:

Art. 21. O administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada.

Parágrafo único. Se o administrador judicial nomeado for pessoa jurídica, declarar-se-á, no termo de que trata o art. 33 desta Lei, o nome de profissional responsável pela condução do processo de falência ou de recuperação judicial, que não poderá ser substituído sem autorização do juiz.

Verifica-se a preocupação do legislador em se referir a um profissional idôneo, que Mamede (2014, p.54) define: “Idôneo é o que é apropriado, adequado, conveniente, capaz, suficiente, merecedor. Idoneidade profissional, portanto, é a capacidade e adequação profissional, conveniência e suficiência para desempenho da função.”

Diferente do que acontecia no Decreto-lei n. 7.661/45, onde se escolhia entre credores, sendo um comerciante que muitas das vezes não possuíam nenhuma formação técnica para atuar dentro de um processo, desta forma não se tinha um êxito. Em outras

palavras a Lei 11.101/05 requer um profissional apto, ou seja, revestido de técnicas que irão auxiliar o juiz com tempestividade em suas funções. Deste modo solicita a preferência advogados, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoas jurídicas especializadas.

Além de possuir as características estabelecidas neste artigo exposto, o Administrador Judicial não poderá ter impedimentos conforme atesta Coelho: “Quem menos de 5 anos anteriores, exerceu a função de administrador judicial ou membro de Comitê em processos de falência ou recuperação judicial e dela foi destituído, deixou de prestar contas ou teve reprovadas as que prestou, está impedido de ser nomeado para a função.” (2014, p. 419)

Quem deverá escolhê-lo e nomeá-lo é o juiz, observando os critérios estabelecidos em lei. Uma vez nomeado exercerá a funções de acordo com a situação que se encontra o processo de recuperação:

O administrador judicial tem sempre a função de fiscalizar a sociedade requerente, presidir a Assembleia de Credores e proceder à verificação dos créditos. Se não houver Comitê, ele também exerce as funções deste órgão. Finalmente, se o juiz tiver determinado o afastamento da administração da empresa em recuperação caberá ao administrador judicial geri-la enquanto não for escolhido o gestor judicial pelos credores. (COELHO, 2014 p.420)

O mesmo será pago pela a empresa no processo de recuperação, o valor será fixado por uma porcentagem em cima de todo o valor a ser recuperado. A Lei irá trazer 5%, porem esta porcentagem será estabelecida de acordo com o grau de complexidade do processo.

Outro ponto relevante é destituição do Administrador Judicial que irá acontecer em algumas hipóteses conforme discorre Negrão:

O juiz deverá substituir o administrador judicial nos casos em que devedor, qualquer credor ou o Ministério Público (art. 30, § 2º) suscitarem, em requerimento fundamentado, irregularidade na nomeação, fundada em desobediência aos preceitos da lei, ou, se no curso de sua gestão o administrador renunciar, apresentando ou não motivo relevante (art. 24, § 3º) ou, ainda, na hipótese de o administrador não assinar o termo de compromisso. (2014, p. 121)

## **2.7 Processo**

O processo de recuperação judicial não é simples, pois se trata de instituto voltado a atender os interesses de toda uma coletividade. Por esse motivo requer procedimentos minuciosos, nos quais terão a oportunidade de expor sua situação de forma que terá que comprovar, e após uma análise será concedido tal benefício. Porém o processão não se

encerra com a concessão da recuperação, ele irá se prolongar a execução do plano exposto e se encerrara com a concessão do encerramento do pedido.

A análise será feita com base na separação das fases do processo feita por Coelho (2014), no qual a primeira é a fase postulatória que tem como objetivo requerer o benefício, a segunda fase é a deliberativa que irá discutir e aprovar o plano de recuperação e pôr fim a fase de execução, que terá como finalidade a fiscalização do cumprimento do plano.

### **2.7.1 Fase postulatória**

De início o titular do direito deve requerer a recuperação judicial, observando o princípio da inércia jurisdicional (Art. 2º CPC), do qual a justiça permanece inerte até que seja provocada. Desta forma o empresário que encontre em crise econômico-financeira, que sua falência seja previsível deve requerer o benefício de tal instituto previsto em Lei. Observando claro os requisitos e impedimentos previstos no art. 48 da Lei n. 11.101/05, que já foram examinados anteriores.

Nesta primeira fase o Ministério Público não irá participar do processo. Inicia-se o processo com a petição inicial, que devem ser observados os requisitos estipulados pelo legislado no art. 51 da lei de recuperação.

O primeiro ponto ser solicitado, é a exposição dos fatos que levaram a crise econômico-financeira da empresa. Salienta a questão de identificação da crise, pois deverá narrar os acontecimentos que levaram a chegar a atual situação, sendo este um ponto de partida para verificar a viabilidade da empresa. É necessário que tenha veracidade nas informações expostas, pois a versão a apresentada será comprovada pelos documentos que deverão ser juntados à petição.

Se é verdadeiro ou falso, consistente ou vazio, isso somente no transcorrer do processo se deverá verificar. A veracidade e consistências da exposição das causas são, na verdade, condições necessárias ao convencimento dos órgãos de recuperação judicial acerca da viabilidade do plano. (COELHO, 2014 p. 426)

Seguindo, deve-se apresentar juntamente com a petição inicial documentos que serão objetos de análise da real condição financeira da empresa, que são os demonstrativos contábeis relativos aos três últimos exercícios sociais cominados com o balanço patrimonial, demonstração dos resultados acumulados, demonstração do resultado desde último exercício social e o relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção. Tais documentos servirão de análise da empresa devedora por parte dos credores.

É necessário a apresentação completa dos credores (art. 51, III) inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar. Que deve conter ainda a indicação da 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.

Mamede traz a interpretação na qual o legislador procurou evitar fraudes, ao solicitar por parte do devedor discriminação da origem de cada crédito:

[...]sendo indispensável narrar o negócio fundamental, permitindo que o administrador judicial, representante do Ministério Público ou demais credores o impugnem, por exemplo afastando situações de confusão patrimonial, como o uso de títulos emitidos pela sociedade empresaria em negócios que digam respeito a sócio ou administrador. (2014, p. 148)

Da mesma forma deve apresentar a relação de empregados, no qual deverá conter as funções desempenhadas, bem como os salários e indenizações que apresentar ter direito. Consequente é a apresentação dos extratos bancários da conta do devedor devidamente atualizados. Segue também a apresentação de certidões de protesto que normalmente diante da crise estabelecida pela empresa estarão positivas, o que não influenciarão na decisão do processamento da recuperação.

O item evidente seria apresentação documentos societários, que seriam contratos e alterações societários ou outros que foram devidamente registrados no órgão competente.

Outra solicitação é a relação dos bens particulares dos sócios que tem a seguinte finalidade conforme discorre Coelho: “A finalidade é proporcionar aos credores o exame de algumas hipóteses de outorga de garantias reais ou fidejussórias pelos sócios, acionista controlador ou administradores da sociedade requerente.” (2014, p. 428)

Por fim a apresentação das relações das ações judiciais em andamento, que segundo Negrão terá a seguinte finalidade:

A utilidade deste documento unilateralmente fornecido pelo devedor é evidente porque permite verificar a existência de credores que ainda não constituíram seus créditos e de créditos ainda não incorporados ao patrimônio do devedor, possibilitando ampliar a análise de sua real situação econômico-financeira. (2014, p. 205)

Após iniciar o processo com a petição inicial, espera-se a decisão do processamento por parte do juiz, do qual irá analisar o pedido bem como a documentação apresentada, se porventura faltar algum documento, o juiz irá solicitar a complementação no prazo de 15 dias conforme estabelecido pelo Código de Processo Civil art. 321, caso não apresentado no prazo o juiz indefira a petição judicial.

Se o devedor preencher todos aspectos formais previstos nos artigos 48 e 51 da Lei n. 11.101/05 o juiz irá decidir para o processamento do pedido. Tal decisão virá acompanhada da indicação do Administrador Judicial bem como os efeitos produzidos pela ação.

Os efeitos e atos da decisão estão previsto no art. 52 da lei, que dentre outros terá: a) a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, com exceção de contratação com Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditórios; b) a suspensão do curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor; c) a obrigação do devedor em comunicar a suspensão das ações e execuções aos Juízos competentes; d) a proibição do devedor desistir do pedido, salvo se obtiver aprovação na assembleia geral dos credores; e) obrigação de o administrador enviar correspondência aos credores, com base na relação apresentada ao devedor.

Por fim esclarece Coelho (2014, p. 432): “Proferida a decisão, será feita a publicação do edital na imprensa oficial, contendo um resumo do pedido, a relação dos credores, o despacho do processamento, advertência acerca da fluência de prazos processuais do interesse dos credores.”

## **2.7.2 Fase de deliberação**

A fase de deliberação inicia-se após o deferimento do processamento da recuperação judicial, observa-se que não está concedido a recuperação mais sim, o processamento, desta forma o devedor terá 60 dias após a publicação desta decisão para apresentar em juízo o seu plano de recuperação, ou seja, o seu plano reorganização da crise econômica. Por este motivo alguns doutrinadores com Negrão (2014) irão tratar esta fase como fase do plano de recuperação.

Negrão (2014, p. 209) irá assim conceituar o plano de recuperação:

[...] impõe ao devedor detalhar e discriminar as ações e as estratégias a serem empregadas – uma única ou uma mescla de ações de saneamento e/ou de reestruturação da empresa – dentre outros meios de recuperação previsto nos art. 50 ou outros que justificar, apresentando também um resumo dos objetivos e das etapas.

Percebe-se a importância do plano judicial, nele o devedor deverá apresentar medidas para reestruturar atividade empresarial. É considerável reiterar a importância da identificação da crise afim de se possibilitar escolher meios que funcionarão como remédios para sanar os problemas apresentados, mostrando assim a viabilidade econômica diante da crise.

Uma característica que vale destacar é a flexibilidade que a lei dá ao devedor em estabelecer meios para sua reorganização, desde que tenha os meus objetivos elencados no seu art. 50. Desse modo, o devedor terá maior liberdade em negociações de prazos, tornando o plano mais realista ao seu cumprimento.

A liberdade em estabelecer medidas deve ser observada algumas limitações no que se tratar dos créditos trabalhistas:

a) para os créditos vencidos, derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente do trabalho, a proposta de pagamento não poderá exceder o prazo de um ano; b) os créditos decorrentes de crédito de natureza salarial, no teto de até cinco salários mínimos, vencidos nos três meses anteriores ao pedido da recuperação judicial, deverão ser pagos em até trinta dias. (NEGRÃO, 2014 p. 209)

No plano deve constar um lado econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativo do devedor que deverão ser assinados, autenticados por profissionais competentes que irão testar também sua viabilidade econômica.

Elaborado o plano, o devedor deve protocolar, o juiz irá verificar se foi observado todos os requisitos formais, sendo facultivo ao juiz requerer alguns esclarecimentos de pontos abordados. Caso não seja necessário o magistrado determinará a publicação do edital de aviso de 30 dias para objeções dos credores relacionados.

A concessão da recuperação judicial poderá apresentar dois caminhos (art. 55), o primeiro é a não objeções dos credores perante o plano judicial no prazo de 30 dias, será aprovado de forma tacitamente. E segundo se houve objeções, poderá ser aprovado por deliberação da assembleia geral dos credores.

A objeção pode ser feita tanto por credores como pelo Ministério Público, do qual deverá ser fundamentada. Havendo uma objeção o magistrado irá realizar a convocação da assembleia geral dos credores no prazo de 150 dias (art.56) para que deliberem a respeito da aprovação do plano de recuperação, sendo que os credores e o administrador judicial podem apresentar planos alternativos.

O plano de recuperação será aprovado em duas circunstâncias: a primeira se refere a aprovação por quórum de deliberação qualificado, deste modo deve ser aprovado nas três classes (créditos trabalhistas, créditos de garantia real e os créditos quirografários). A segunda quando não se atinge o quórum qualificado.

O plano de recuperação é aprovado pela assembleia geral dos Credores quando atingindo o quórum deliberativo qualificado. Quando não atingido esse quórum deliberativo qualificado, mais algo próximo a ele, o plano pode ser adotado.

No primeiro caso, o plano aprovado pelos credores é simplesmente homologado pelo juiz. No segundo, pode ser aprovado pelo juiz, ou não. (COELHO, 2014 p. 438)

É importante ressaltar que a rejeição do plano na assembleia o juiz decretará a falência da empresa que havia pleiteado a recuperação judicial. Sendo aceito o plano de recuperação, o juiz irá conceder a recuperação judicial conforme expresso no artigo 58.

### **2.7.3 Fase de execução**

Uma vez concedida a recuperação judicial dá-se início a próxima fase que é a execução, que terá como objetivo fiscalizar o cumprimento do plano aprovado nos próximos dois anos que perpetua a recuperação judicial. A lei trata-se de dois anos, porém o devedor ficará em recuperação judicial até que todas suas obrigações sejam saciadas, conforme desta Fazzio Júnior (2012, p. 177): “A recuperação judicial tem prazo máximo de duração, de até 2 (dois) anos, após a concessão. Entende-se que o devedor ficará em recuperação judicial até que se cumpra todas as obrigações previstas no plano com vencimento nesse biênio.”

Uma observação importante será quanto a inclusão da expressão “recuperação judicial” após o nome empresarial como forma de resguarda eventuais investidores, de modo que conheçam a real situação econômica vivenciada pela empresa.

O devedor assume o compromisso de honrar todas as obrigações contraídas na aprovação do plano de recuperação, deste modo a sentença que difere a concessão do benefício será um título executivo (art. 59, § 1º), conforme afirma Negrão: “Deve-se compreender que a decisão judicial que concede a recuperação judicial é título judicial [...]”. Neste pensamento uma vez não honrando o pagamento no vencimento estipulado no plano a um credor, o mesmo poderá executa-lo, e requerer a convocação da falência.

Gerando o descumprimento do plano o juiz irá decretar falência conforme o art. 73, IV é o que salienta Fazzio Júnior (2012, p. 177):

Sempre é bom ter em mente que qualquer credor pode postular a falência do devedor se este descumprir qualquer obrigação integrante do plano aprovado. Aliás, o descumprimento de encargo assumido pelo devedor no plano já autoriza o juiz, independente de provocação, a convocar a recuperação judicial em falência.

Não tendo nenhuma ocorrência no período de 2 anos do cumprimento do plano de recuperação judicial, o juiz decretará por sentença o encerramento da recuperação judicial conforme elucidado no art. 53 desta lei:

Art. 63. Cumpridas as obrigações vencidas no prazo previsto no caput do art. 61 desta Lei, o juiz decretará por sentença o encerramento da recuperação judicial e determinará:

I – o pagamento do saldo de honorários ao administrador judicial, somente podendo efetuar a quitação dessas obrigações mediante prestação de contas, no prazo de 30 (trinta) dias, e aprovação do relatório previsto no inciso III do caput deste artigo;

II – a apuração do saldo das custas judiciais a serem recolhidas;

III – a apresentação de relatório circunstanciado do administrador judicial, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, versando sobre a execução do plano de recuperação pelo devedor;

IV – a dissolução do Comitê de Credores e a exoneração do administrador judicial;

V – a comunicação ao Registro Público de Empresas para as providências cabíveis.

## 2.8 Recuperação Extrajudicial

É uma forma alternativa que a sociedade pode buscar para conter a crise econômico-financeira, pela dilatação dos prazos, desta forma irá procurar os credores a fim de renegociar novos prazos e assim estabelecer acordos, reconhecendo que desta forma já será suficiente para o saneamento da crise é o que definiu Coelho (2014).

Fazzio Junior por sua vez conceitua:

O objetivo extrajudicial está relacionado não com a recuperação, mas com a composição de interesses preliminar da recuperação, cujo desenvolvimento não prescinde da homologação judicial. A LRE não cogita de um procedimento administrativo de recuperação complementar alheio à supervisão judicial, porque esta é que confere certeza e segurança aos credores e ao devedor. (2012, p. 111)

Mamede (2014) irá defender que o Estado irá atuar de forma acessória na recuperação judicial, pois não se requer uma fiscalização conforme acontece na recuperação judicial.

Os requisitos e impedimentos são os mesmos abordados no artigo 48 da Lei n. 11.101/05, ao se referir a recuperação judicial analisados anteriormente, acrescidos aos requisitos previstos no art. 161 da mesma lei.

A duas modalidades de recuperação extrajudicial, no qual Coelho (2014) fará distinção “Homologação facultativa” ou “Homologação obrigatória”, já Mamede (2014) irá trata como “recuperação extrajudicial ordinária” e “recuperação extrajudicial ordinária” e por fim Negrão (2014) chamou e assim definiu como “plano individualizado” e por “classe de credores”.

A Homologação facultativa dar-se-á sempre que o devedor obtiver a concordância de todos os credores que assim requerer a negociação, deste modo os credores assinarão o acordo, que poderá assegurar a obrigação do devedor em cumprir com as novas negociações

assumidas. Porém o devedor, se assim almejar, requerer a homologação com a finalidade exposta por Coelho (2014, p. 450):

A homologação do plano de recuperação extrajudicial que conta com a adesão de todos os credores alcançados é facultativa. Visa apenas revestir o ato de formalidade, chamando a atenção das partes para a importância dele, ou possibilitar a alienação por hasta judicial de filiais ou unidades produtivas, se for essa uma medida de reerguimento da devedora.

Referente a homologação obrigatória, se refere a que ela que não possuiu a concordância, aceitação de todos os credores, na qual Mamede trata como recuperação extrajudicial extraordinária define:

[...] faculta-se ao empresário ou sociedade empresaria requerer plano de recuperação extrajudicial assinado por credores que representem mais 3/5 de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos, hipótese do qual a homologação do plano, se atendidos todos os requisitos para tanto, obrigará a todos os credores por ele abrangidos, mesmo aqueles que não tenham aderido ao acordo, apondo sua assinatura ao documento. (2014, p. 215)

Ao requerer a homologação o juiz irá receber a petição inicial, na qual determinará por meio de edital a convocação de credores para impugnação do plano, no prazo de 30 dias, assim como ocorre na Recuperação judicial. Essa impugnação deve ser fundamentada, na qual o magistrado irá recebê-la e intimar o devedor a se manifestar no prazo de 5 dias. Após, o juiz poderá aceitar o pedido de impugnação ou homologar o acordo. Caso aceite a impugnação, o requerente terá o direito de apresentar um novo acordo para sua homologação.

Vale ressaltar que assim como acontece na Recuperação judicial, a sentença que homologa a recuperação extrajudicial se transforma em um título executivo.

## **2.9 Principais princípios da Recuperação Judicial**

Os princípios são fontes do direito consagrado no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Desta forma os princípios servirão como instrumento ao magistrado quando a lei não basta na sua interpretação, é uma fonte que dará a norma uma interpretação ampla. Neste contexto define Mamede:

Essas referências marcam o Direito e influenciam sua existência e aplicação, mesmo quando não positivadas ou esmiuçadas pela lei, orientando, entre as múltiplas

possibilidades de conteúdo que se podem atribuir a um mesmo texto normativo, aquelas que melhor se amoldam ao Direito, aquelas que não o negam, além de postular a colmatação de lacunas eventualmente detectadas. (2013, p. 34)

O direito empresarial e revestido dele, e um dos pilares para a elaboração da Lei n. 11.101/05, no capítulo que trata o Instituto da Recuperação Judicial precisamente em seu artigo 47 consagra alguns princípios que serão norteadores de toda a condução do processo de recuperação. Dentre estes destaca-se: o princípio da proteção dos trabalhadores, dos interesses dos credores e a função social da empresa que se correlaciona com o princípio da preservação da empresa.

Quanto ao princípio da proteção dos trabalhadores, na qual se prevê uma proteção aos que trabalham da empresa em crise, não só no sentido de preservar os postos de trabalho com sucesso da Recuperação Judicial, mais requer que os direitos dos trabalhadores sejam respeitados e colocados como preferência em qualquer estágio do processo bem como se empresa fracassar da recuperação. Essa preferência pode ser observada nos art. 83, I ao classificar os créditos trabalhista, bem como o art. 54 que estabelece um prazo limite para o pagamento de verbas trabalhista.

Outro princípio é a proteção ao interesse dos credores, desde da fase primitiva do Direito Concursal, onde era os credores que buscavam sua satisfação. A legislação atual busca que participação dos credores seja efetiva, tanto de negociar prazos com o devedor, bem como na fiscalização do cumprimento do plano de recuperação. Hoje tem se atendido este interesse, atentando para não se fazer nenhuma diferenciação de privilégios de credor ao outro. Um outro aspecto evidente que a manutenção das atividades empresariais é forma mais eficaz para o atendimento de todos os credores.

É lícito afirmar que a manutenção da empresa pode ser a chave para o atendimento adequado das pretensões creditícias. Primazia dos credores não é noção incompatível com a correção econômico-financeiro da empresa, até porque nenhum credor é movido pelo animus liquidatório. Em certo sentido, empresa líquida não paga. (FAZZIO JÚNIOR, 2012 p. 18)

O princípio da função social da empresa será a finalidade do instituto, do qual define Mamede:

O princípio da função social da empresa é a metanorma que tem essa matriz, demandando seja considerado o interesse da sociedade, organizada em Estado, sobre todas as atividades econômicas, mesmo sendo privadas e, destarte, submetida ao regime jurídico privado. Embora tenha finalidade imediata de renumerar o capital investido, atendendo o interesse de seu titular ou dos sócios do ente (sociedade) que titulariza, a atividade negocial atende igualmente ao restante da sociedade. (2012, p. 47)

Desta forma sempre que for necessário o magistrado deve buscar nos princípios direções para melhor aplicação do instituto, pois somente neste contexto será possível se verificar de fato a viabilidade da empresa, e que os interesses de todos envolvidos no processo estão amparados.

### **CAPÍTULO III A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA**

Em seu artigo 47 a Lei n. 11.101/05, traz que uma das finalidades do Instituto de Recuperação Judicial é a preservação à função social da empresa, consagrando um princípio que está previsto no artigo 5º, XXIII da Constituição Federal, do qual prevê que a propriedade deverá atender a sua função social e abranger todo o tipo de propriedade, a teoria da empresa que busca seu respaldo no art. 170 da Constituição Federal do qual normatiza os princípios gerais da atividade econômica:

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

[...]

III - função social da propriedade;

[...]

Neste contexto, apesar da propriedade ser prevista como uma propriedade individual, sendo assim um direito individual incluímos neste paradigma os estabelecimentos particulares, que exercem a atividade empresarial. Dentro dos princípios da ordem econômica tem a finalidade exposta no caput do artigo 170 no qual deve assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Silva discorre:

Os conservadores da constituinte, contudo, insistiram para que a propriedade privada figurasse como um dos princípios da ordem econômica, sem perceber que, com isso, estavam relativizando o conceito de propriedade, porque submetendo-o aos ditames da justiça social, de sorte que se pode dizer que ela só é legítima enquanto cumpra uma função dirigida a justiça social. (SILVA, 2015 p. 827)

Deste modo, por mais que os objetivos dos sócios que ali depositaram investimentos, seja usufruir o lucro da atividade explorada, deve-se preocupar em exercer de modo eficaz a sua função social. E o que relata Tomazzete:

Pela função social que lhe é inerente, a atividade empresarial não pode ser desenvolvida apenas para o proveito do seu titular, isto é, ela tem uma função maior. Não interessa apenas os desejos do empresário individual, do titular da EIRELI ou dos sócios da sociedade empresaria, vale dizer, é fundamental que a empresa exerça em atenção aos demais interesses que a circundam, como o interesse dos empregados, do fisco e da comunidade. (2016, p. 52)

Mamede complementa: “O princípio da função social da empresa conduz o enfoque da livre iniciativa não por sua expressão egoísta, como trabalho de ser humano em benefício de

suas próprias metas, mas como iniciativa que, não obstante individual, cumpre um papel na sociedade.” (2013, p. 48)

Silva (2015) relata que a Constituição tenta civilizar, buscando um capitalismo social, se for possível é claro, por meio de estruturação de uma ordem social intensamente preocupada com a justiça social e a dignidade da pessoa humana.

É possível compreender que a função social da empresa está ligada ao papel influente que a atividade por ela exercida possuirá dentro de uma sociedade. Sendo assim uma empresa que exerce sua função social estará contribuindo com o desenvolvimento econômico na região na qual estabelece, gerando empregos, e contribuindo ao Estado com o pagamento de seus impostos.

Quando a Constituição prevê o exercício da função social a propriedade privada, ele vê por meio desses atender aos interesses sociais como o desenvolvimento econômico e o princípio da dignidade humana. Conforme afirma Mamede (2013, p. 48-49):

Valoriza-se empresa como célula econômica da sociedade organizada em Estado, sendo um vetor para o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, permitindo a promoção do bem de todos (artigo 3º da Constituição da Republica). A empresa é também um vetor eficaz para a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, I a III, da Constituição), bastando observar os benefícios materiais e imateriais que resultam de suas atividades.

É possível perceber a importância da atividade empresária dentro do cenário econômico e social do país. Deste modo quando se encerra uma empresa, encerra-se com ela uma parte de um desenvolvimento social que dependia do exercício dessa atividade. Neste sentido nasce a Recuperação Judicial com um princípio base que é a preservação desta fonte produtora.

Dessa forma percebemos a correlação dos princípios da função social da empresa com o princípio da preservação da empresa, uma vez que é necessário a conservar as atividades empresariais, para que seja possível a empresa exercer sua função social.

A Lei n. 11.101/05 com o Instituto de Recuperação Judicial reflete a preocupação com a preservação das atividades econômicas, proporcionando formas eficazes para sua reestruturação. Conforme já analisado no capítulo anterior, o legislador se preocupar em separar os conceitos de empresa e empresário, compreendendo a necessidade de atender aos interesses coletivos. Exemplo dessa separação é a previsão em determinados casos da substituição do empresário, afim de tentar resguardar a atividade econômica, respeitando sempre o direito individual.

[...] a conservação da empresa deve ser pensada e considerada mesmo apesar de seu titular, quando isso se fizer necessário e, concomitantemente, juridicamente possível, a exemplo da transferência da empresa na falência, a nomeação de gestor judicial na recuperação de empresas ou, ainda, na hipótese de desapropriação da empresa. (MAMEDE, 2015 p. 51)

Outro ponto relevante, e que para ser beneficiado com Instituto da Recuperação Judicial, a empresa deve exercer a função social, não se pode preservar uma atividade que não traz nenhum benefício a coletividade. Conforme descreve Coelho (2014) que há empresas que deverão ser encerradas, afim de proporcionar o lugar para que outras empresas cresçam e desenvolva dentro do cenário econômico.

A empresa no seu pedido de recuperação judicial deve expor a sua importância dentro da sociedade, retratando através de fatos a sua função social exercida. O Grupo OI por exemplo, requereu a recuperação judicial em 20 de junho de 2016 e em seu pedido inicial relatou a sua viabilidade, descrevendo a sua função social exercida, destacando ser um forte contribuinte do Estado, pois relata que entre o ano 2013 a 2016 recolheu mais de 30 milhões aos cofres públicos. Outro ponto foi a geração de emprego que segundo o grupo, cerca de 138,3 mil postos de trabalhos diretos ou indiretos são gerados. Deste modo fica claro a importância da continuidade de sua atividade, e necessidade da intervenção do Estado. Foi utilizando este aspecto entre outros que o seu processo foi aprovado em 20 de junho de 2016, tendo o seu plano de recuperação homologado em fevereiro de 2018.

São muitas as decisões que analisam a função social exercida pela empresa, para deferir ou até mesmo para garantir o cumprimento de tal instituto.

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Com a edição da Lei n. 11.101/2005, a partir da data de deferimento da recuperação judicial, todas às execuções relacionadas à recuperanda ficarão afetas ao juízo da recuperação. Prevalece, assim, a lógica de que é preciso preservar na sua integralidade o sistema instituído por referido diploma legal, fundado no princípio da continuidade da empresa que adota como valor básico a conservação da atividade empresarial, em virtude da imensa gama de interesses que transcendem os dos donos do negócio e gravitam em torno da continuidade deste. Agravo de petição provido. (BRASIL, 2012)

A preservação da empresa, garantindo a sua função social, deve ser analisado toda vez que estiver diante de uma decisão importante dentro do processo.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. NULIDADE DE CLÁUSULAS. INEXISTÊNCIA. SOBERANIA DA ASSEMBLEIA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. 1. A Lei de Falência e Recuperação Judicial não predetermina a forma nem os prazos nos quais se devem efetivar os pagamentos aos credores, deixando a cargo destes, pela via da Assembleia de Geral de Credores, a

deliberação sobre acatar ou não o plano apresentado. 2. Não procede a discordância das recorrentes em relação ao deságio de 70%, porquanto a própria recuperanda reduziu referido valor em assembleia, tratando-se de decisão que se insere na soberania do órgão apta a viabilizar os pagamentos dos credores. 3. Não há na legislação de regência vedação à criação de subclasses de credores dentro de uma mesma classe, mormente como na hipótese em análise, na qual houve aprovação dos integrantes das demais classes. 4. Nos termos da LRF 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. 5. AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO.” (GOIÁS, 2017)

### 3.1 A Crise e o crescente pedido de Recuperação Judicial

Nos últimos anos a economia brasileira passa por um processo de recessão, do qual a economia se encolheu ao contrário do que se esperava. Esse processo de recessão afeta todos os que estão ligados dentro desta sociedade.

Dentro de um estabelecimento empresarial, é possível diagnosticar diversas crises conforme já foram analisadas no capítulo anterior, sendo uma delas a crise econômica ligada a fatores externos a atividade empresarial, que nada mais é que os reflexos negativos da economia de um país. Alguns acontecimentos que refletiram negativamente contribuindo com aumento da recessão econômica no Brasil, foi a corrupção que esvaziou os cofres públicos, principalmente nos anos de 2014 a 2016. O Estado como forma de sustentar a sua economia, eleva as taxas de juros, corta benefícios concedidos para obter maior arrecadação em alguns setores, e dessa maneira eleva o indevidamente de grandes à pequenas empresas.

A crise econômica nacional foi a justificativa que a empresa Frontiers Informática LTDA utilizou ao postular o pedido de recuperação judicial na 10ª Vara Cível de Maceió em 2017, no qual alega que a empresa enfrenta uma grave crise econômica, pois foi surpreendida com cortes de benefícios fiscais para computadores, obrigando-o a recolher PIS e COFINS depois de 10 anos de benefício. A crise foi ainda mais evidente quando o Estado de Alagoas cortou os benefícios fiscais dos produtos de TI, o que elevou o alto endividamento da empresa, que não encontrou outra alternativa a não ser requerer a recuperação judicial, como busca de um “fôlego” para se reestruturar dentro do mercado.

Este fôlego está ligado ao prazo concedido ao empresário para que possa organizar e traçar medidas para driblar a crise enfrentada, aliados a profissionais especializados que irão buscar alternativas eficazes para salvar as atividades empresariais e a função social exercida. Em relação a empresa apresentada não é possível verificar se obteve êxito na sua

reestruturação, pois o pedido de recuperação foi deferido em agosto de 2017, sendo que a mesma encontra-se na fase de execução do plano de recuperação apresentado.

Outra empresa que requereu o pedido de recuperação judicial alegando ser afetada pela recessão econômica vivenciada no Brasil foi o Grupo Galvão, no qual se requereu para duas empresas deste grupo Galvão Engenharia e Galvão Participações. No seu pedido em 2015, apontam situações que foram atingidas pela crise do país, dentre elas a mudança estrondosa na obtenção de créditos, causado pelo aumento das taxas de juros consideradas pesadas pelo grupo o que elevou o seu endividamento. A inadimplência de seus clientes foi outro fator que ocasionou grave situação econômica da empresa que atualmente está em processo de execução do seu plano de recuperação apresentado.

### **3.2 Dados estatísticos quanto à efetividade ou não da Recuperação Judicial**

De acordo com Serasa Experian, entre os meses de Janeiro e Abril de 2018, 518 empresas solicitaram o processamento da recuperação judicial, sendo que 414 empresas tiveram o processamento deferido e 167 tiveram concedido o benefício da Recuperação Judicial.

Nada se compara com o que aconteceu no ano de 2016, que foram requeridos 1.863 pedidos um total de 44,8% do registrado no ano anterior, 2017 houve uma queda, onde foram requeridas 1.420.

Segundo os especialistas econômicos do Serasa, o aumento significativo de empresas que requereram a falência se deu pelo aprofundamento da recessão econômica que levou a queda do consumo nesse ano, dificultou e equilibrou o fluxo do caixa das empresas. Segundo os mesmos especialistas a inadimplência dos consumidores, é um fator impactante dentro da situação econômica da empresa, no qual segundo eles estava em 2016 e o que se esperava com a liberação do saque do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e que cenário fosse diferente em 2017. Pode ser contribuído para uma redução nos pedidos.

Um dado difícil de ser analisado é quanto a efetividade da recuperação judicial, por ser um processo minucioso e prolongado, que demanda empenho do devedor e dos credores na sua execução.

Um estudo realizado pelo Serasa Experian, no qual acompanhou 3.522 empresas que tiveram o benefício da recuperação judicial concedido entre junho de 2005 a dezembro de 2014, dessas empresas 946 tiveram o processo encerrado dentro do período, porém apenas

218 voltaram a ativa, sendo que o restante das 728 empresas teve à falência decretada. Percebe-se que nem a metade das empresas obtiveram sucesso dentro do processo de recuperação, que pode ter sido ocasionado por diversos fatores como o diagnóstico da crise errada que com isso elevou estratégias incorretas de superação, ou diagnóstico da crise tardio não conseguindo assim se reestruturar apesar da concessão do instituto.

Uma empresa que se beneficiou com o instituto de Recuperação Judicial foi a Indústria de Alimentos Cory, pois em 2003 diante de uma grave crise econômico-financeira enfrentada pela empresa, se viu obrigada em recorrer a concordata, e no primeiro vencimento estipulado pela concordata não conseguiu cumprir tendo sua falência decretada em 2004. As fábricas ficaram fechadas por 4 meses até que se conseguiu reverter a situação. Em 2006 com a nova Lei de Falência e Recuperação Judicial, vislumbraram uma alternativa, e sendo beneficiada a Indústria Cory conseguiu cumprir seus compromissos assumidos em dois anos e meio, se reestruturando dentro do mercado. Hoje é uma empresa forte no seguimento de chocolates e balas.

Por outro lado, conforme dados apresentados pelo Serasa, são inúmeras empresas que não conseguem se reestruturar, e durante o processo com descumprimento do plano vê a sua falência decretada. Essa situação ocorreu com a Mabe Brasil Eletrodomésticos Ltda fabricantes das Marcas Dako e Continental, ele teve seu pedido de recuperação deferido em maio de 2013, porém a empresa não conseguiu cumprir seu plano de recuperação, como por exemplo o não pagamento das verbas trabalhistas. Alegou uma difícil situação econômica decorrente da dificuldade em obter capital de giro para financiar suas atividades tendo que desativar totalmente a sua linha de produção. A magistrada considerou em sua decisão que decretou a falência, que a empresa não possui condições de garantir a confiança dos agentes econômicos pela solvência de obrigações contratadas. A Mabe Brasil teve sua convocação da recuperação judicial em falência decretada em 10 de fevereiro de 2016.

### **3.3 Desvio de finalidade da Recuperação judicial**

Toda empresa deve justificar a sua motivação de recorrer ao instituto de recuperação judicial e apresentar fatos que comprovem o declínio de sua situação econômico-financeira. Porém assim como ocorria na antiga Lei de Falência que trazia a Concordata como meio de se preservar atividade empresarial, existem situações em que empresários ingressarão com o pedido sem ter real necessidade da intervenção estatal, buscando benefícios próprios como meio de fugir de obrigações que exigem pontualidade. Fazzio Júnior leciona:

Exemplificando, pode suceder que o empresário peça a abertura do processo de recuperação, sem que esteja, realmente, em face de dificuldades financeiras que justifiquem essa medida extrema. Seria a utilização da ação de recuperação, com o fim de reorganizar a atividade empresarial, descartando algumas obrigações onerosas que demandam impontualidade ou, até mesmo, com intuito de esquivar-se do pronto atendimento de obrigações trabalhistas. (2012, p. 134)

Permitir que uma empresa se beneficie do instituto sem necessidade traz consequências a toda uma sociedade. Pois assim como relada Coelho (2014) em sua obra o processo de recuperação judicial é um ato custo, que todos de forma direta ou indireta irá custar. Verifica-se a importância de uma análise minuciosa do poder judiciário, e dos credores que participam de forma efetiva durante todo o processo.

E nítido a atenção do Legislador em abolir todas as formas de se fraudar o Instituto de Recuperação Judicial visando que o instituto atinja o seu objetivo, que é preservar a atividade empresarial e como consequência a função social por ela exercida. Neste sentido a lei busca punir empresários que vierem usufruir deste instituto com objetivo de fraudar credores, e que descreve o art. 168 da Lei 11.101/05:

Art. 168. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem.  
Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

No parágrafo 3º do mesmo artigo é observado o concurso de pessoas, profissionais que de qualquer modo contribuirão para o exercício da conduta criminosa, responderão nas mesmas penas na medida de sua culpabilidade.

Apesar das regras estabelecidas pela Lei é possível encontrar empresas que tiveram sua falência decretada por ter contatado fraudes durante o processamento da recuperação judicial. O Grupo Moraes e Calort e Carlos e Silva Supermercados LTDA, teve a sua falência decretada após ser comprovado a tentativa de lesionar credores de boa-fé. Na decisão é relatado alguns meios fraudulentos, como a constituição de uma empresa que servira para receber valores de cartões de crédito e débito, desviando os valores da empresa em processo de recuperação judicial. A sentença decreta a falência de todo o grupo inclusive a empresa criada de forma repentina.

No caso em tela o magistrado se amparou no art. 94, da Lei 11.101/05 que traz os motivos no qual pode ser decreta a falência de uma empresa em recuperação judicial.

Durante todo o processo o empresário deve ser totalmente transparente, comunicando todos seus atos, a fim de evitar constrangimentos, pois durando todas as fases o empresário e a empresa estão em constante fiscalização.

Toda empresa deve justificar a sua motivação de recorrer ao instituto de recuperação judicial, apresentar fatos que comprove o declínio de sua situação econômico-financeira. Porém assim como ocorria na antiga Lei de falência que trazia a concordata como meio de se preservar atividade empresarial, ocorre situações em que empresários ingressarão com o pedido sem ter real necessidade da intervenção estatal, buscando benefícios próprios como meio de fugir de obrigações que exigem pontualidade. Fazzio Junior leciona:

Exemplificando, pode suceder que o empresário peça a abertura do processo de recuperação, sem que esteja, realmente, em face de dificuldades financeiras que justifiquem essa medida extrema. Seria a utilização da ação de recuperação, com o fim de reorganizar a atividade empresarial, descartando algumas obrigações onerosas que demandam impontualidade ou, até mesmo, com intuito de esquivar-se do pronto atendimento de obrigações trabalhistas. (2012, p. 134)

Permitir que uma empresa se beneficie do instituto sem necessidade traz consequências a toda uma sociedade. Pois assim como relada Coelho (2014) em sua obra o processo de recuperação judicial é um ato custo, que todos de forma direta ou indireta irá custar. Verifica-se a importância de uma análise minuciosa do poder judiciário, e dos credores que participam de forma efetiva durante todo o processo.

E nítido a atenção do Legislador em abolir todas as formas de se fraudar o Instituto de recuperação judicial visando que o instituto atinja o seu objetivo, que é preservar a atividade empresarial e como consequência a função social por ela exercida. Neste sentido a lei busca punir empresários que vierem usufruir deste instituto com objetivo de fraudar credores, e que descreve o art. 168 da Lei 11.101/05:

Art. 168. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem.  
Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

No parágrafo 3º do mesmo artigo é observado o concurso de pessoas, profissionais que de qualquer modo contribuirão para o exercício da conduta criminosa, responderam nas mesmas penas na medida de sua culpabilidade.

Apesar das regras estabelecidas pela Lei é possível encontrar empresas que tiveram sua falência decreta por ter contatado fraudes durante o processamento da recuperação

judicial. O Grupo Morais e Calort e Carlos e Silva Supermercados LTDA, teve a sua falência decretada após ser comprovado a tentativa de lesionar credores de boa-fé. Na decisão é relatado alguns meios fraudulentos, como a constituição de uma empresa que servira para receber valores de cartões de crédito e débito, desviando os valores da empresa em processo de recuperação judicial. A sentença decreta a falência de todo o grupo inclusive a empresa criada de forma repentina.

No caso em tela o magistrado se amparou no art. 94, da Lei 11.101/05 que traz os motivos no qual pode ser decretada a falência de uma empresa em recuperação judicial.

Durante todo o processo o empresário deve ser totalmente transparente, comunicando todos seus atos, afim de evitar constrangimentos, pois durante todas as fases o empresário e a empresa estão em constante fiscalização.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante anos se busca criar regras que proporcionam de fato uma forma eficaz de se preservar a empresa. É um desenvolvimento lento, pois a todo momento verifica-se a necessidade de se afastar a imagem criminosa do empresário que não conseguiu honrar com os seus compromissos. A nova Lei n. 11.101/05, que normatiza os institutos de falência e recuperação de empresa, preocupa-se em distinguir empresa e empresário, buscando a sua aplicação no objetivo central que é a empresa.

A lei trata da recuperação propriamente a partir do artigo 47, no qual esclarece a finalidade de sua aplicação. Essa finalidade exposta pode ser resumida, com o objetivo principal da criação do Instituto que é a preservação da função social da empresa. As transformações sociais e econômicas ocorridas durante todo período histórico foram fundamentais para a elaboração deste instituto, uma vez que se reconheceu a importância da empresa dentro do processo de desenvolvimento de um país. Foi possível visualizar a empresa como um ente auxiliar do Estado, onde a propriedade particular, que é a empresa, só será legítima quando for possível exercer a justiça social, seja na geração de empregos ou até mesmo contribuindo com o fisco.

É visível que desde 2015 a economia brasileira passou por grande período de recessão, e naturalmente os reflexos negativos desta crise foram perceptíveis nas empresas, gerando o endividamento, e logo com isso contribuiu para que os números se elevassem dos pedidos de empresas que requerem a recuperação Judicial.

Mas é fato que a crise não chega e explode da noite para dia, algo que se prolonga que não sendo sanada toma proporções quase que impossíveis de ser revertida. A situação econômica vivenciada por um país sem dúvida contribui para o desgaste empresarial, gerando para alguns uma crise interna. Diante do que foi analisado foi possível concluir que há empresas que realmente foram afetadas pela crise econômica do Brasil, outros que se afetaram, mas já carregaram outras crises internas, como foi o caso do Grupo OI que demonstrou sua importância dentro do país, objeto de análise deste trabalho, em sua petição diz que a diminuição do interesse em telefonia fixa dentro do país foi um dos pontos que elevaram o seu endividamento.

É relevante a contribuição que Coelho traz em sua obra, ao dizer que uma crise se ligará a outra, é fácil de se comprovar ao analisar os motivos que levam uma determinada empresa requer a Recuperação Judicial.

O diagnóstico tardio da crise, ou até mesmo o diagnóstico incorreto podem contribuir insucesso do processo de Recuperação Judicial. O empresário deve compreender que instituto serve para recuperar, e não para realizar milagres.

A Lei possui 13 anos apenas, e requer um constante aprimoramento, adequando-se as realidades. É um avanço dentro da história do Direito Falimentar no Brasil, a dificuldade apresentada é normal, pois muitos os empresários que se bloqueiam em requerer por estarem assombrados com a concordata, e quando ingressam já estão em uma situação irreversível. O aumento de pedidos está ligado tanto a situação econômica do Brasil, quanto acessibilidade do processo e a esperança que empresário visualiza dentro do instituto.

Em relação a efetividade do Instituto de Recuperação quanto a preservação da função social da empresa, é a finalidade que busca. Porém é impossível a lei ter sua efetividade sozinha, e um trabalho conjunto, entre o Estado que normatiza e fiscaliza, os credores que se sacrificam, os trabalhadores que dependem da empresa ativa e de toda sociedade que contribui de forma indireta para o sucesso do empresário. A Indústria de Alimentos Cory é um exemplo que há que ter um trabalho em equipe para levantar uma empresa em crise, e desta forma foi possível a preservação da função social da empresa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Jose Francelino de. **Comentários a Lei de falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850**. Código Comercial. Coleção das Leis do Império do Brasil. 1850. T. 11, P. 57-238.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890**. Reforma o código comercial na parte III.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 859, de 16 de agosto de 1902**. Reforma a lei sobre falências, Capital Federal, 16 de agosto de 1902, 14º da Republica.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 4.855, de 2 de junho de 1903**. Manda observar o regulamento para a execução da lei n. 859, de 16 de agosto de 1902, sobre falências. Rio de Janeiro, 2 de junho de 1903. - J. J. Seabra.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 2.024 de 17 de dezembro de 1908**. Reforma a lei sobre falências. Rio de Janeiro, 17 de dezembro de 1908, 20º da Republica.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 5.746, de dezembro de 1929**. Modifica a Lei de Falências. Rio de Janeiro, 9 de dezembro de 1929, 108º da Independência e 41º da Republica

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945**. Lei de Falência, Rio de Janeiro, 21 de junho do 1945, 124º da Independência e 57º da República

\_\_\_\_\_. **Projeto de lei nº 4.376 de 22 de dezembro de 1993**. Regula a falência, a concordata preventiva e a recuperação das empresas que exercem atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil

\_\_\_\_\_. **Projeto lei nº 71 de 2003**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência de devedores pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. (Volume - VII) (Urgência e Turno Suplementar).

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.101 de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, Brasília, 9 de fevereiro de 2005; 184º da Independência e 117º da República.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil

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

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 24ª Região. Acórdão. Agravo de Petição nº 000131215201152400072. Relatora: Nery Sá e Silva de Azambuja. 1ª turma. 05 de novembro de 2012. Disponível em: <https://trt-24.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/382456011/13121520115240072/inteiro-teor-382456026?ref=juris-tabs>

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 3: direito de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falência e de recuperação de empresas**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DORIA, Dylson. **Curso de direito comercial, volume 1**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de Falência e recuperação de empresas**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FILHO, Oscar Barreto. **Teoria do estabelecimento comercial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

LOBO, Jorge. In **Direito Concursal**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GOÍAS. Tribunal de justiça do Estado de Goiás. Acórdão. Agravo de instrumento nº 01031423820168090000. Relator: Des. Norival de Castro Santomé. 6ª Câmara Cível. 05 de dezembro de 2017. Disponível: <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/532149980/agravo-de-instrumento-ai-1031423820168090000>

MACHADO, Rubens Approbato (coord.). **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial, volume 1**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas, volume 4**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MEIRELES, Heli Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 11. ed. atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual do direito comercial e de empresa, volume 3: recuperação de empresas e falência**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SALOMÃO, Luis Felipe. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ZANETTI, Robson. **Direito Falimentar – A Prevenção de Dificuldades e a Recuperação de Empresas**. Curitiba: Juruá, 2000.

