



CADERNOS
FGV PROJETOS

SETEMBRO 2018
ANO 13 | Nº 33
ISSN 19844883

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

Entrevista

PAULO PENALVA SANTOS

Depoimentos

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

DESEMBARGADOR MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS

CADERNOS
 **FGV PROJETOS**

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS



Primeiro Presidente Fundador
Luiz Simões Lopes

Presidente
Carlos Ivan Simonsen Leal

Vice-Presidentes
Sergio Franklin Quintella, Francisco Oswaldo Neves Dornelles e
Marcos Cintra Cavalcante de Albuquerque

CONSELHO DIRETOR

Presidente
Carlos Ivan Simonsen Leal

Vice-Presidentes
Sergio Franklin Quintella, Francisco Oswaldo Neves Dornelles e
Marcos Cintra Cavalcanti de Albuquerque

Vogais
Armando Klabin, Carlos Alberto Pires de Carvalho e Albuquerque,
Cristiano Buarque Franco Neto, Ernane Galvêas, José Luiz Miranda,
Lindolpho de Carvalho Dias, Marcílio Marques Moreira e Roberto Paulo
Cezar de Andrade

Suplentes
Aldo Floris, Antonio Monteiro de Castro Filho, Ary Oswaldo Mattos Filho,
Eduardo Baptista Vianna, Gilberto Duarte Prado, Jacob Palis Júnior,
José Ermírio de Moraes Neto, Marcelo José Basílio de Souza Marinho e
Maurício Matos Peixoto

CONSELHO CURADOR

Presidente
Carlos Alberto Lenz César Protásio

Vice-Presidente
João Alfredo Dias Lins (Klabin Irmãos e Cia)

Vogais
Alexandre Koch Torres de Assis, Andrea Martini (Souza Cruz S.A.), Antonio Alberto Gouvea Vieira,
Eduardo M. Krieger, Rui Costa (Governador do Estado da Bahia), José Ivo Sartori (Governador
do Estado do Rio Grande do Sul), José Carlos Cardoso (IRB - Brasil Resseguros S.A.), Luiz Chor,
Marcelo Serfaty, Márcio João de Andrade Fortes, Murilo Portugal Filho (Federação Brasileira
de Bancos), Orlando dos Santos Marques (Publicis Brasil Comunicação Ltda.), Pedro Henrique
Mariani Bittencourt (Banco BBM S.A.), Raul Calfat (Votorantim Participações S.A.), Ronaldo
Mendonça Vilela (Sindicato das Empresas de Seguros Privados, de Previdência Complementar
e de Capitalização nos Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo), Sandoval Carneiro Junior e
Willy Otto Jorden Neto

Suplentes
Cesar Camacho, Clóvis Torres (Vale S.A.), José Carlos Schmidt Murta Ribeiro, Luiz Ildefonso
Simões Lopes (Brookfield Brasil Ltda.), Luiz Roberto Nascimento Silva, Manoel Fernando
Thompson Motta Filho, Nilson Teixeira (Banco de Investimentos Crédit Suisse S.A.), Olavo
Monteiro de Carvalho (Monteiro Aranha Participações S.A.), Patrick de Larragoiti Lucas (Sul
América Companhia Nacional de Seguros), Rui Barreto, Sergio Andrade e Victório Carlos de
Marchi

Sede
Praia de Botafogo, 190, Rio de Janeiro-RJ, CEP 22250-900 ou Caixa Postal 62.591
CEP 22257-970, Tel: (21) 3799-5498 | www.fgv.br

Instituição de caráter técnico-científico, educativo e filantrópico, criada em 20 de dezembro de 1944
como pessoa jurídica de direito privado, tem por finalidade atuar, de forma ampla, em todas as matérias
de caráter científico, com ênfase no campo das ciências sociais: administração, direito e economia,
contribuindo para o desenvolvimento econômico-social do país.



Diretor
Cesar Cunha Campos

Diretor Técnico
Ricardo Simonsen

Diretor de Controle
Antônio Carlos Kfourir Aidar

Diretor de Qualidade
Francisco Eduardo Torres de Sá

Diretor de Mercado
Sidnei Gonzalez

EDITORIAL

Editor-Chefe
Sidnei Gonzalez

Orientação Técnica
Ricardo Couto

Coordenação Editorial
Manuela Fantinato

Coordenação de Design
Patrícia Werner

Produção Editorial
Talita Marçal
Marina Bichara

Projeto Gráfico e Diagramação
Julia Travassos
Bianca Sili

Edição e Revisão
Cristina Romanelli
Isabel Ferreira
Luísa Pontes

Equipe de Produção
Alexandre Moretti
Marcelo Abrantes
Erika Boclin
Marco Antônio Queiroga de Azeredo

Fotos
<http://www.shutterstock.com>

PUBLICAÇÃO PERIÓDICA DA FGV PROJETOS

Os textos são de responsabilidade dos autores e não
refletem, necessariamente, a opinião da FGV

Esta edição está disponível para *download* no site
da FGV Projetos: www.fgv.br/fgvprojetos

CADERNOS
 **FGV PROJETOS**

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

SETEMBRO 2018
ANO 13 | Nº 33 | ISSN 19844883

SUMÁRIO

6

Editorial

CESAR CUNHA CAMPOS

8

Entrevista

PAULO
PENALVA
SANTOS



A recuperação de empresas no Brasil sob o ponto de vista da legislação é o tema desta entrevista com o professor e advogado Paulo Penalva Santos. Ele reflete sobre as inovações da Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência, de 2005, e os pontos em que ela ainda pode avançar, destacando os principais desafios práticos com os quais as empresas em recuperação judicial devem lidar.

16

Depoimento

JOÃO OTÁVIO
DE NORONHA



Desde a promulgação da Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem contribuído para uniformizar a aplicação dessa lei por meio de decisões e interpretações que visam a adaptar as normas as situações concretas das empresas e dos atores envolvidos na recuperação judicial. Em seu depoimento, o ministro João Otávio de Noronha aponta alguns dos principais entendimentos do STJ sobre o assunto.

24

Depoimento

MANOEL DE
QUEIROZ PEREIRA
CALÇAS



Em seu depoimento, o desembargador Manoel Queiroz Pereira Calças aborda a atuação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no que diz respeito à Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência, apresentando as ações empreendidas pelo Judiciário para aprimorar o seu desempenho nos julgamentos dos processos relacionados.

30
Artigo

BOB WESSELS

Europa: a caminho de um quadro jurídico harmonizado de reestruturação preventiva

42
Artigo

RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Soluções negociadas para a insolvência empresarial

52
Artigo

PAULO DE TARSO SANSEVERINO

A função social da empresa na recuperação judicial

74
Artigo

LUIZ ROBERTO AYOUB

A Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: do caso Varig às reflexões contemporâneas

84
Artigo

ALOISIO ARAUJO E RAFAEL FERREIRA

Lei de falências e recuperação judicial: avanços conquistados e caminhos possíveis

94
Artigo

SÉRGIO BESSA

A função do administrador judicial e seus novos desafios

106
Artigo

JULIANA LOSS

Arbitragem, mediação e outros mecanismos aplicados à recuperação de empresas – realidade normativa e pragmática

116
Artigo

MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO

A aplicabilidade dos meios extrajudiciais na recuperação empresarial

124
Artigo

ARNOLDO WALD FILHO E SAMANTHA MENDES LONGO

Mediação no âmbito do processo de recuperação judicial e falência de empresas

134
Artigo

MARLON TOMAZETTE

Recuperação judicial de microempresas e empresas de pequeno porte

EDITORIAL

CESAR CUNHA CAMPOS

Diretor da FGV Projetos

Em um cenário no qual empresas de diferentes portes e ramos de atividade têm lidado com dificuldades econômicas e financeiras que colocam em risco sua sobrevivência, as recuperações judicial e extrajudicial tornam-se alternativas importantes para assegurar a continuidade dos negócios, buscando-se preservar o emprego, a produtividade e a geração de renda.

Em vigor no Brasil desde 2005, por meio da lei nº 11.101, o processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência, permite que as empresas com viabilidade econômica tenham uma segunda chance para que possam se reestruturar. Por outro lado, também viabiliza a retirada do mercado das organizações sem condições de se reerguer, evitando que a sua continuidade artificial cause danos maiores à economia.

Para que o processo de recuperação seja efetivamente posto em prática, é realizada uma ampla negociação entre a empresa e seus credores e elaborado um plano de recuperação, que deve ser aprovado. Esse plano tem o desafio não só de conciliar interesses diversos, mas igualmente de definir estratégias para melhorar o desempenho do negócio, que podem incluir desde a implementação de modificações administrativas, redução de gastos, concessão de prazos e condições especiais, até a captação de novos recursos.

Manter as atividades produtivas e superar a situação de crise são os passos iniciais para que a empresa saia do período de recuperação devidamente reequilibrada e fortalecida, preparada para reposicionar-se no mercado e, principalmente, para voltar a crescer. Esse olhar para o futuro e o resgate do espírito empreendedor impulsionam o ambiente de negócios do país, movimentam a economia e favorecem o desenvolvimento do país.

Para auxiliar nesse percurso de ampla retomada das empresas e avanço econômico, a FGV Projetos reúne, nesta publicação, especialistas e representantes dos setores público e privado, para apresentar e analisar o tema da recuperação judicial e extrajudicial no Brasil, apontando as inovações realizadas nos últimos anos e as principais tendências da área, inclusive no que diz respeito ao aperfeiçoamento da legislação.

Boa leitura!

ENTREVISTA

PAULO PENALVA SANTOS



Professor da FGV Direito Rio

Bacharel em direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e pós-graduado em direito empresarial pelo Instituto de Direito Público e Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Atualmente, é professor da Escola de Direito do Rio de Janeiro da FGV e da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Também é sócio e advogado do escritório Rosman, Penalva, Souza Leão, Franco, Vale Advogados. É procurador aposentado do Estado do Rio de Janeiro.

Nesta entrevista, Paulo Penalva Santos fala sobre a recuperação de empresas no Brasil, tendo como foco a legislação, principalmente a Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência, de 2005. Ele explica algumas das inovações introduzidas em relação à antiga Lei de Falências, como a prática da negociação entre devedor e credores, que se tornou a base de funcionamento do novo sistema, e a possibilidade de o processo de recuperação ser conduzido pela via extrajudicial. O professor também aponta os aspectos em que a legislação pode ser aperfeiçoada e os principais desafios práticos enfrentados pelas empresas em recuperação judicial no país.

FGV PROJETOS Em 2005, foi sancionada a Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência (lei nº 11.101/2005), que substituiu a antiga Lei de Falências para a recuperação de empresas. Quais inovações foram introduzidas pela nova legislação?

A lei nº 11.101/2005 representou um avanço extraordinário em relação à legislação anterior, que previa uma única forma preventiva de evitar falência: a concordata. Esse dispositivo só atendia a uma classe de credores, os denominados credores quirografários, aqueles que não possuem garantias. Além disso, se compararmos o sistema antigo com o atual, percebemos uma mudança radical, pois era expressamente vedada a negociação entre credor e devedor. Caso essa prática fosse comprovada, o devedor tinha sua falência decretada. Já no sistema vigente, essa negociação constitui a tônica do processo. O plano de recuperação judicial proposto pelo devedor é apresentado a uma assembleia geral de credores, na qual eles têm o poder de decidir se o plano será aceito ou não. A rejeição causa a decretação da falência da empresa. A realidade, no entanto, tem demonstrado que esse processo de negociação é tão dinâmico que dificilmente o plano é aprovado ou rejeitado na primeira assembleia geral. Isso significa que a

negociação continua ao longo da assembleia, que pode ser prorrogada várias vezes, para que os credores possam ter a oportunidade de apresentar sugestões e modificações no plano de recuperação. O acordo entre credor e devedor é a grande vantagem da lei atual, que não estabelece parâmetro de proposta de renegociação, podendo ser negociados pagamentos e descontos, ou até mesmo a transformação de crédito em participação na empresa.

Outra inovação da lei em vigor é o sistema de recuperação extrajudicial, que é anterior ao da recuperação judicial. Quando o devedor está com dificuldade para cumprir as suas obrigações em relação a determinados credores, não necessariamente a todos, ele pode propor uma nova forma de pagamento. Se ele conseguir dentro dessa classe, formada por credores com as mesmas características, que o plano de recuperação extrajudicial tenha adesão prévia de 60%, os demais serão obrigados a aderir, caso o plano seja homologado. Por outro lado, se o juiz rejeitar a homologação, isso não levará à decretação de falência da empresa. Dessa forma, apesar de pouco utilizada, a sistemática da recuperação extrajudicial é extremamente eficiente. Ela resolve o problema sem causar o trauma da recuperação judicial, que, além de deixar o mercado mais atento, abre margem para que a empresa possa ter sua falência decretada se houver rejeição

do plano. Já na recuperação extrajudicial não há esse risco, sendo o processo mais tranquilo, rápido e célere, uma vez que consiste em um acordo entre o devedor e alguns credores.

Outra mudança legislativa com foco na recuperação judicial de empresas foi a lei complementar nº 118/2005, que alterou o Código Tributário Nacional para adequá-lo ao que foi estabelecido pela lei nº 11.101/2005. Quais foram as principais modificações realizadas?

- Duas modificações promovidas pela lei complementar nº 118 foram essenciais e representaram uma evolução extraordinária. A primeira foi o fato de que a lei complementar alterou a redação do art. nº 133, que trata da sucessão tributária. Criou-se a vantagem de que, em uma recuperação judicial, se o devedor propuser a alienação de um determinado bem, essa alienação está livre de sucessão tributária, ou seja, ainda que posteriormente o devedor vá à falência, quem adquiriu aquele bem no sistema da recuperação judicial não estará sujeito à sucessão. A segunda mudança foi feita no art. nº 186, que incluiu, pela primeira vez no sistema brasileiro, o crédito tributário na falência. Isso permitiu aos credores que tinham hipoteca ou penhor, que são garantias reais,

“ O acordo entre credor e devedor é a grande vantagem da lei atual, que não estabelece parâmetro de proposta de renegociação, podendo ser negociados pagamentos e descontos, ou mesmo a transformação de crédito em participação na empresa. ”

“Difícilmente uma empresa consegue se recuperar sem um investidor, ou seja, alguém que coloque dinheiro novo. No entanto, para fazer isso, o investidor exige garantias, vantagens e privilégios.”

o direito de recebimento antes do fisco e do crédito previdenciário em caso de falência. O que ainda precisa ser alterado é o art. nº 191-A do Código Tributário Nacional, que exige, no caso de recuperação judicial, que o credor comprove que está em dia com as obrigações tributárias. Isso é uma desvantagem e uma forma indireta de cobrança de tributo.

Em relação ao novo Código de Processo Civil (CPC), promulgado em 2015, quais foram as novas abordagens trazidas para os processos de recuperação judicial e de falência?

- Um ponto que não tem recebido a atenção devida é a exigência da lei que obriga a comprovação da viabilidade econômica e financeira do plano de recuperação. Essa comprovação constitui um desafio, pois nem toda empresa é viável economicamente. Em um sistema ideal, só seriam mantidas em funcionamento aquelas com condições de se recuperar, porque é extremamente danoso para a economia manter uma empresa ineficiente. O problema é que, na prática, verificamos empresas que pediram recuperação judicial, mas não necessariamente têm viabilidade econômica e financeira. A dificuldade está no fato de que a decisão acerca dessa viabilidade compete aos credores, que têm o poder soberano de rejeitar o plano e de decretar a falência. Assim, a sobrevivência artificial de empresas que não poderiam estar funcionando é uma deliberação dos credores.

Quais são os principais desafios enfrentados por empresas em recuperação judicial?

- Uma questão problemática percebida na lei nº 11.101/2005 diz respeito aos novos investimentos. Dificilmente uma empresa consegue se recuperar sem um investidor, ou seja, alguém que coloque dinheiro novo. No entanto, para fazer isso, o investidor exige garantias, vantagens e privilégios. Os credores da devedora, entretanto, não costumam aceitar isso, então gera-se um impasse. Nesse ponto, há uma diferença interessante em relação ao direito norte-americano: nos Estados Unidos, grandes empresas que pediram recuperação judicial receberam aportes bilionários, que, além de protegidos, dão preferência aos investimentos que precisam ser feitos na empresa. Essa disputa entre o dinheiro novo, sem o qual dificilmente as empresas conseguem se reabilitar, e o interesse dos credores anteriores, que vão perder ainda mais se esses privilégios forem concedidos, precisa ser contemporizada. Isso depende, a meu ver, de uma alteração legislativa que dê proteção ao dinheiro novo.

A recuperação judicial de empresas nos Estados Unidos é considerada mais ágil do que no Brasil. Em uma perspectiva comparada, como o senhor analisa as principais diferenças e semelhanças entre as leis brasileira e norte-americana em relação à recuperação judicial?

- O sistema da recuperação judicial no direito norte-americano é mais célere porque nele prevalece, de forma mais clara,

o interesse dos credores, diminuindo a influência dos administradores sobre o comando da empresa. Além do mais, merece destaque a hipótese, cada vez mais frequente, de insolvências transnacionais. A modificação do capítulo 15 do Código de Falências norte-americano estabelece a proteção da empresa transnacional, principalmente nos casos em que grandes empresas estrangeiras possuem ativos e negócios nos Estados Unidos. A União Europeia regulamentou, em 2015, um sistema de cooperação internacional. Nele, os países cooperam diretamente em relação ao principal estabelecimento do país no qual ocorria a atividade central da devedora. A legislação brasileira também está evoluindo, no sentido de aprimorar a possibilidade de insolvência transnacional.

Que tipos de ações têm ajudado a promover bons resultados nos processos de recuperação judicial?

- Algo muito importante no processo de negociação entre devedor e credores é a possibilidade de converter crédito em participação na empresa. Isso está acontecendo com frequência e tem previsão legal. Devemos destacar que o art. nº 50 da Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência enumera algumas hipóteses de plano de recuperação judicial, mas isso é meramente exemplificativo. Assim, tudo que seja lícito é possível em um plano de recuperação. A conversão de crédito em participação, quando a empresa é realmente viável, é o que mais desperta interesse nos credores, representando um ponto de evolução na negociação com o devedor.



**“ EM SUMA, NÃO COMPETE AO
JUIZ EXAMINAR A VIABILIDADE
ECONÔMICA E FINANCEIRA DO PLANO,
PREVALECENDO O ACORDO ENTRE
CREDOR E DEVEDOR, MAS CABE A ELE O
CONTROLE DA LEGALIDADE. ”**

Passados 13 anos da promulgação da Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência, qual balanço é possível ser feito e em quais pontos a lei ainda pode ser aperfeiçoada?

- Se analisarmos o período desde a entrada em vigência da lei, em 2005, até os dias de hoje, outro ponto importante a ser mencionado é a evolução da jurisprudência, principalmente no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Embora a lei já tenha mais de dez anos, as principais questões chegaram ao STJ apenas recentemente. A consolidação da jurisprudência gera um ambiente de segurança jurídica para os empresários, visto que mitiga as dúvidas em relação à legislação e facilita a sua aplicação. Nesse sentido, destaco dois pontos que foram tratados pelo STJ. O primeiro é que o Poder Judiciário não pode analisar a viabilidade econômica e financeira do plano de recuperação judicial aprovado, prevalecendo, assim, o acordo entre credor e devedor. O segundo é que isso não significa que o juiz perca o controle da legalidade das cláusulas previstas no plano. Se houver algo ilegal ou abusivo, ele pode e deve interferir, suprimindo essa cláusula ou até invalidando o plano de forma geral. Em suma, não compete ao juiz examinar a viabilidade econômica e financeira do plano, prevalecendo o acordo entre credor e devedor, mas cabe a ele o controle da legalidade.

Em relação ao aperfeiçoamento da lei, na minha opinião, um dos maiores problemas é a incompatibilidade entre o art. nº 57 da lei nº 11.101 e o art. nº 191-A do Código Tributário Nacional, que condicionam a concessão da recuperação judicial à comprovação da regularidade do crédito tributário. Assim, o devedor apresenta um plano de recuperação, que é aprovado pelos credores, mas, se forem

aplicados os artigos nº 57 e nº 191-A, o devedor deverá comprovar a regularidade da sua situação tributária, para que o juiz possa conceder a recuperação judicial. Trata-se de uma incoerência, porque se condiciona a concessão da recuperação judicial à regularidade do crédito tributário, que não está sujeita à primeira. Esse sistema é inconstitucional e precisa mudar, pois, desse modo, a lei estaria permitindo ao fisco, de forma indireta, a cobrança do crédito tributário. Por fim, a questão dos efeitos tributários na redução das dívidas obtida em negociação com os credores tem graves consequências, visto que esses descontos são considerados receitas operacionais e, portanto, fato gerador do imposto de renda e de outros tributos e contribuições. Esse problema é de fácil equacionamento, a partir da instituição de isenção em favor da empresa em recuperação judicial. Em resumo, percebe-se a necessidade de adequação da legislação tributária ao sistema, cujo objetivo é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir tanto a manutenção da empresa e sua função social, quanto o estímulo à atividade econômica.

DEPOIMENTO

JOÃO OTÁVIO DE NORONHA



Presidente do Superior Tribunal de Justiça

Bacharel em direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, onde se especializou em direito do trabalho, processual do trabalho e processual civil. Foi corregedor nacional de Justiça e, atualmente, é presidente do Superior Tribunal de Justiça. Também é professor do Instituto de Educação Superior de Brasília, da Escola Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e do Centro Universitário de Brasília.

Neste depoimento, João Otávio de Noronha apresenta alguns dos principais julgados e entendimentos do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no que concerne à uniformização da compreensão e da aplicação da lei nº 11.101/2005 – Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência. Entre os pontos tratados, constam a perspectiva do STJ no que se refere a questões de crédito e de execuções fiscais, em processos de recuperação de empresas. O entrevistado também tece considerações sobre o ambiente de segurança jurídica garantido pela Constituição Federal, fundamental para a tomada de decisão dos investidores, e avalia o papel do juiz em casos de recuperação judicial.

LEI Nº 11.101/2005: SEGURANÇA JURÍDICA E INOVAÇÕES

A lei nº 11.101/2005 teve dois nortes: um, a preservação da empresa (ainda considerada viável) em razão de sua função social, por ser fonte geradora de riqueza, emprego, tributos, além de contribuir para o equilíbrio da concorrência e do mercado de consumo; outro, a preservação de um eficiente mercado de crédito, sem o qual se torna inviável o pleno exercício da atividade empresarial. O art. nº 47 da lei prevê o seguinte:

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.

Dentre as inovações da lei, destaco:

- A criação do instituto da recuperação judicial, com uma variedade de formas de recuperação listadas e que, ainda assim, não se revestem de caráter exaustivo;
- A maior participação dos credores no processo, com poder de aprovar o plano de recuperação apresentado pelo devedor ou mesmo apresentar um outro alternativo, de sorte que a viabilidade da recuperação

será determinada pelo mercado, e não por parâmetros jurídicos;

- O privilégio instituído em favor dos credores quirografários fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los no período da recuperação, em caso de decretação de falência, no limite do valor dos bens/serviços fornecidos no período da recuperação;
- O maior rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial.

A segurança jurídica é elemento balizador da tomada de decisões pelos investidores, e a lei nº 11.101/2005 teve essa percepção, procurando estabelecer mecanismos claros para assegurá-la. Como exemplos, cito as seguintes regras: o afastamento da sucessão pelos adquirentes de ativos da empresa falida nas suas dívidas, o condicionamento da supressão ou substituição de garantias à anuência de seu titular e a enumeração dos créditos que não são objeto da recuperação judicial (ex.: adiantamento de contratos de câmbio, alienação fiduciária etc.).

Todavia, a percepção do legislador precisa encontrar eco na jurisprudência, pois a imprevisibilidade das decisões judiciais compromete a segurança jurídica.

São vários os interesses que orbitam ao redor da recuperação judicial (incluindo os dos investidores, fornecedores, trabalhadores, consumidores etc.), e a efetividade do institu-

to dependerá do equilíbrio entre a manutenção da atividade produtiva e um grau mínimo de segurança de retorno dos créditos concedidos. Do contrário, uma eventual aprovação de planos de recuperação que se afastem flagrantemente do princípio da razoabilidade, revelando que a recuperação resultará não de um esforço da própria empresa, mas de um sacrifício excessivo imposto aos seus credores, acabará por trazer um desestímulo a outras recuperações.

O ônus a ser suportado pelos credores em razão da recuperação judicial só encontrará justificativa se o desenvolvimento da empresa gerar os benefícios sociais reflexos que são decorrentes do efetivo exercício dessa atividade.

Conquanto a lei nº 11.101/2005 atribua um caráter negocial à recuperação judicial, por certo que esse caráter negocial não reflete uma autonomia privada absoluta, até porque, segundo o ordenamento pátrio, a autonomia privada encontra limites não apenas nas normas positivadas, mas também nos princípios gerais.

Além disso, a concepção da atividade empresarial não pode ser dissociada do comprometimento com todos os segmentos que a circundam e com quem mantém relações. O objetivo social revela que há um interesse coletivo, ao invés de meramente privado, que deve estar atrelado a seu fim maior.

“O ônus a ser suportado pelos credores em razão da recuperação judicial só encontrará justificativa se o desenvolvimento da empresa gerar os benefícios sociais reflexos que são decorrentes do efetivo exercício dessa atividade.”



O princípio constitucional da função social da empresa traduz o dever de um exercício justo da atividade empresarial, voltado à obtenção de um resultado em prol de toda a coletividade.

JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dentre os julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que mais contribuíram para a uniformização da jurisprudência sobre a aplicação da lei nº 11.101/2005, destaco os seguintes Recursos Especiais (REsp) e Conflitos de Competência (CC):

- REsp nº 1.187.404/MT (Corte Especial, relator ministro Luis Felipe Salomão, Diário de Justiça Eletrônico (DJe) 21/8/2013), em que se manteve a homologação do plano de recuperação judicial indepen-

dentemente da apresentação de certidões negativas de que trata o art. nº 57 da lei nº 11.101/2005. Concluiu-se que o valor primordial tutelado pela referida lei é a ordem econômica, sendo a empresa uma unidade dessa ordem de inegável utilidade social. Igualmente, ponderou-se o peso das dívidas tributárias, com base no modelo econômico brasileiro, interpretando-se o art. nº 68 (que prevê a possibilidade de parcelamento dos créditos tributários para empresas em recuperação) da lei como um direito do contribuinte, que não poderia ficar prejudicado pela inércia do Estado em editar lei específica a respeito. Como o parcelamento implica suspensão do crédito tributário, é possível a homologação da recuperação judicial sem a apresentação de certidões negativas.

- REsp nº 1.333.349/SP (Segunda Seção, relator ministro Luis Felipe Salomão, DJe

2/2/2015, repetitivo), em que se esclareceu que a recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções, nem induz a suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. nº 6, *caput*, e nº 52, III, ou a novação a que se refere o art. nº 59, *caput*, por força do que dispõe o art. nº 49, § 1º, todos da lei nº 11.101/2005. Conquanto o plano de recuperação judicial opere novação das dívidas a ele submetidas, as garantias reais ou fidejussórias são preservadas, circunstância que possibilita ao credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores (vide Súmula nº 581 do STJ).

- REsp nº 1.260.301/DF (Terceira Turma, relatora ministra Nancy Andrigli, DJe 21/8/2001), em que se concluiu que, uma vez homologado o plano de recuperação judicial, os órgãos competentes devem providenciar a baixa dos protestos e a retirada dos cadastros de inadimplentes, do nome da recuperanda e dos seus sócios por débitos sujeitos ao referido plano, com a ressalva expressa de que essa providência será adotada sob a condição resolutiva de a devedora cumprir todas as obrigações previstas no acordo de recuperação. Isso acontece devido ao fato de que a novação operada pelo plano é *sui generis*, sujeita a uma condição resolutiva.
- CC nº 112.799/DF (Segunda Seção, relator ministro Luis Felipe Salomão, DJe 22/3/2011), em que se firmou entendimento de que, deferida a recuperação judicial, a Justiça do Trabalho limita-se à apuração do respectivo crédito, sendo-lhe vedada a

prática de qualquer ato que comprometa o patrimônio da empresa recuperanda.

- No que se refere especificamente à questão do crédito e das execuções fiscais em processos de recuperação judicial, o STJ firmou entendimento no sentido de que, se a recuperação judicial ocorreu com prova de regularidade fiscal, a execução fiscal será suspensa em razão da presunção de que os créditos fiscais encontram-se suspensos nos termos do art. nº 151 do Código Tributário Nacional. Contudo, se for deferida pelo juízo sem a apresentação da Certidão Negativa de Débito ou Certidão Positiva com Efeito de Negativa, terá regular processamento, pois não seria legítimo admitir que a regularização do estabelecimento empresarial pudesse ser feita exclusivamente em relação aos seus credores privados e, ainda assim, às custas dos créditos de natureza fiscal.
- Outro entendimento firmado pela Corte envolvendo execuções fiscais é o de que, embora a execução fiscal não se suspenda, os atos judiciais que reduzam o patrimônio da empresa em recuperação judicial, enquanto mantida essa condição, ficam submetidos ao juízo universal, pois podem inibir o cumprimento do plano aprovado.¹

CONSIDERAÇÕES FINAIS: O PAPEL DO JUIZ NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O juiz está autorizado a realizar apenas o controle de legalidade do plano de recuperação judicial, visto que o aspecto de sua

¹ Agravo regimental (AgRg) no AgRg no CC nº 119.970/RS, Segunda Seção, DJe 17/9/2013; AgRg no CC nº 120.432/SP, Segunda Seção, DJe 19.12.2016.

viabilidade econômica é matéria reservada à vontade soberana da assembleia de credores.

Esse controle de legalidade não se restringe apenas aos aspectos formais, incluindo também o exame do enquadramento dos juízos negociais aos objetivos estabelecidos pela lei nº 11.101/2005.

Os credores submetidos a uma recuperação judicial não são obrigados a votar vinculados pelo interesse da sociedade em recuperação, abdicando dos proveitos que lhes possam advir da decretação de falência da empresa. Votam no seu próprio interesse, ainda que buscando uma solução eficiente. Com efeito, foi a própria lei que lhes delegou o poder de deliberar sobre o plano de recuperação apresentado pelo devedor.

Se, contudo, ficar evidenciado que o veto ao plano de recuperação visou à satisfação de interesses ilegítimos, poderá o juiz reconhecer que houve abuso do direito de voto e homologar o plano de recuperação rejeitado pela assembleia de credores. Tal hipótese foi verificada no caso da Varig Logística S.A., em que a Justiça reconheceu que os credores não buscaram unicamente a tutela de seus créditos, mas a possibilidade de eliminação de um agente competidor de mercado.²

O STJ tem procurado ditar uma exegese da lei nº 11.101/2005 que não comprometa sua finalidade. Nesse sentido, destaco que, nos casos em que a impossibilidade de aprovação do plano de recuperação no prazo de 180 dias não foi atribuída ao devedor, essa Corte já mitigou a regra da suspensão das ações movidas contra a empresa recuperanda.

Um ponto que reputo relevante abordar refere-se às garantias reais. Entendo que a assembleia geral de credores não pode deliberar sobre a supressão ou substituição de ga-

rantias reais desvinculada de qualquer meio de recuperação judicial, ou seja, sem que isso tenha reflexo no interesse dos credores, mas apenas nos interesses próprios da empresa e de seus sócios. A supressão ou substituição de garantias reais requer a anuência do respectivo titular, como expressamente prevê a lei nº 11.101/2005.

2 Processo nº 0121755-70.2009.8.26.0100 – 1ª Vara de Falências de São Paulo.





DEPOIMENTO

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS



Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Doutor e mestre em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Foi corregedor-geral da Justiça do Estado de São Paulo. É presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP), além de professor da PUC-SP e da Universidade de São Paulo. No TJ-SP, integra a Câmara Reservada de Direito Empresarial sendo que, anteriormente, compôs a primeira Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais.



Neste depoimento, Manoel de Queiroz Pereira Calças reflete sobre a atuação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no tocante à Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência, apontando a contribuição do órgão para o aperfeiçoamento da jurisprudência e a promoção de bons resultados na área. Atualmente, o Judiciário paulista possui duas Varas de Falência e Recuperação Judicial e conta com duas Câmaras Reservadas de Direito Empresarial. Discorre também sobre dois princípios que norteiam a lei: o da preservação de empresas viáveis economicamente e o da retirada do mercado daquelas consideradas inviáveis.

A Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência (lei nº 11.101/2005) é inspirada por dois princípios complementares: de um lado, a preservação de empresas economicamente viáveis; de outro, a retirada do mercado daquelas consideradas inviáveis ou nocivas à economia.

Inegavelmente, o princípio mais importante é o de preservação das empresas, já que o modelo concursal brasileiro foi alterado, abandonando o caminho liquidatório-solutório do decreto-lei nº 7.661/1945. A lei nº 11.101/2005 adotou o paradigma voltado à preservação e à recuperação das empresas em crise, ao se mostrarem economicamente factíveis. Esse princípio tem estofo constitucional, pois o art. nº 170, inciso III, da Constituição Federal de 1988, arrola, como princípio geral da atividade econômica, a função social dos meios de produção. Portanto, na medida em que a empresa tem uma função social, ela deve ser preservada de acordo com a ética da solidariedade, cujo objetivo é ajudá-la a superar o seu estado de crise econômico-financeira.

O segundo princípio é o que determina a retirada do mercado de empresas economicamente inviáveis, fundamental para a robustez econômica. Afinal, não há sentido em se preservar uma empresa que não se mostra em condições de cumprir seus compromissos, recolher os tributos incidentes sobre sua atividade econômica, e pagar seus fornecedo-

res, empregados e financiadores. Neste caso, a falência é a consequência natural e profícua para a economia, sendo importante ressaltar a preocupação com a preservação da organização empresarial. Por isso, a falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, tem por escopo preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os bens intangíveis da empresa.

A fim de garantir o sucesso do processo de superação do estado de crise e evitar a falência, é fundamental que os dirigentes de empresas economicamente viáveis reflitam sobre o momento correto para apresentar o pedido de recuperação judicial. Muitas vezes, as empresas esperam a instauração generalizada da crise, para só então postular a recuperação judicial. Trata-se de um erro grave, pois, quanto antes for detectada a situação de crise, buscando-se a tutela do Judiciário, maiores serão as chances de sucesso.

A partir do momento em que for formulado o pedido de recuperação judicial por parte da empresa, compete ao juiz avaliar se possui os requisitos necessários para que o processo tenha continuidade. Ele deverá, portanto, analisar o que está previsto no art. 48 e a documentação exigida pelo art. nº 51 da lei. No entanto, não se trata de uma análise exauriente, pois, de acordo com a estrutura da lei, serão submetidos aos credores o plano de recuperação e a análise da viabilidade

econômica da empresa. Em alguns casos, a realização de uma perícia prévia pode ser eficiente para instruir o deferimento do processo da recuperação judicial. De qualquer forma, é preciso ressaltar que, nesse momento inicial, a empresa em crise tem pressa em ver deferido seu pedido, razão pela qual a perícia deve ser célere, sob pena de comprometer a recuperação judicial.

A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O Poder Judiciário paulista sempre agiu de forma concertada com os objetivos da Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência. Em 9 de junho de 2005, data em que passou a vigorar a lei, foram instaladas, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, duas Varas de Falência e Recuperação Judicial, bem como uma Câmara Reservada à Falência e à Recuperação Judicial. Desde então, o Tribunal tem procurado dar tratamento preferencial à recuperação judicial e à falência de empresas. Posteriormente, em fevereiro de 2011, foram criadas as Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, a fim de proporcionar o tratamento especializado da matéria empresarial. Além disso, a expectativa é de que, em breve, seja instalada a 3ª Vara de Falência e Recuperação Judicial

“A fim de contribuir para o aperfeiçoamento da jurisprudência e para a promoção de bons resultados na área de recuperação judicial, o Tribunal debruçou-se sobre as questões envolvendo a lei nº 11.101/2005 desde o início de sua vigência. A jurisprudência foi aprimorando determinados entendimentos, ao mesmo tempo em que as questões eram levadas aos tribunais.”

na Comarca da Capital, com escopo de implementar eficiente cuidado da matéria.

A fim de contribuir para o aperfeiçoamento da jurisprudência e para a promoção de bons resultados na área de recuperação judicial, o Tribunal debruçou-se sobre as questões envolvendo a lei nº 11.101/2005 desde o início de sua vigência. A jurisprudência foi aprimorando determinados entendimentos, ao mesmo tempo em que as questões eram levadas aos tribunais. Um exemplo foi a alteração de posicionamento para reconhecer a possibilidade de agravo contra a decisão de deferimento do processamento da recuperação judicial. Além disso, as decisões envolvendo a concessão da recuperação judicial e os resultados das assembleias de credores também foram sendo desenvolvidos ao longo dos últimos 12 anos.

Outra questão fundamental levada ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é a recuperação judicial envolvendo produtores rurais. Ela também foi levada aos tribunais superiores, com destaque para a decisão do Superior Tribunal de Justiça, no recurso especial REsp nº 1.193.115 – MT, em 2010. Na sequência, houve a inserção do § 2º no art. nº 48 da lei nº 11.101/2005, segundo o qual

“tratando-se de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no *caput* deste artigo por meio da Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica que tenha sido entregue tempestivamente”, com o objetivo de resolver a controvérsia sobre a possibilidade de o produtor rural requerer a recuperação judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lei concursal brasileira, tal como ocorre com as leis de insolvência ao redor do mundo, deve atender às necessidades de desenvolvimento dos países ao longo do tempo. Por isso, os avanços são sempre necessários e constantes. Há uma lição do jurista José Xavier Carvalho de Mendonça que, certamente, não perderá sua atualidade tão cedo: “em matéria de legislação concursal, quanto mais se desenvolve o comércio de um país, mais repetidas são as reformas dessa parte da legislação”.¹

¹ Tratado de direito commercial brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Livr. Ed. Freitas Bastos, 1934. v. 7, p. 60.

EUROPA:

**A CAMINHO DE UM QUADRO
JURÍDICO HARMONIZADO DE
REESTRUTURAÇÃO
PREVENTIVA**

Neste artigo, Bob Wessels aborda os instrumentos desenvolvidos pela União Europeia para a maior harmonização das leis nacionais de insolvência entre os Estados-membros e para a criação de um sistema moderno, que tenha a recuperação de empresas como cultura. O autor também analisa os diferentes posicionamentos de especialistas no que diz respeito à aproximação das leis nacionais de insolvência.

BOB WESSELS

Professor da Universidade de Leiden

Doutor em direito civil pela Universidade de Vrije, na Holanda. É professor emérito da Universidade de Leiden, também na Holanda, presidente da Conferência sobre Reestruturação Europeia e Direito de Insolvência e membro do grupo de especialistas que aconselha a Comissão Europeia em questões relacionadas à reestruturação e insolvência.

AVANÇOS DA UNIÃO EUROPEIA

A União Europeia (UE) é um bloco de 28 Estados-membros.¹ Na prática, é um grupo de países que se encontram ligados por laços que vão além de uma simples união econômica (o nome Comunidade Econômica Europeia foi utilizado até 2009). Os laços ultrapassam os aspectos econômicos porque a UE objetiva assegurar o progresso social e busca constantemente o aperfeiçoamento das condições de vida e de trabalho de seus cidadãos. Além disso, o bloco tenciona construir um sistema monetário (incluindo o uso de apenas uma moeda, o euro) e está em processo de implantação de uma união bancária, com o intuito de garantir a existência de bancos mais seguros e estáveis. O acordo de base dessa união é o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que determina a livre circulação de produtos e postula a livre movimentação de pessoas, serviços e capital. Essas quatro “liberdades” são o alicerce para a promoção e o estabelecimento, dentro da UE, da proteção ao consumidor, dos direitos trabalhistas, da concorrência leal e da melhoria do meio ambiente.

Muitos assuntos relacionados a empresas e suas atividades comerciais são regradados, em nível europeu, por regulamentações (vinculando diretamente os Estados-membros),

por diretivas (textos que têm de ser implementados pelos Estados-membros de acordo com seus respectivos processos constitucionais) ou por recomendações não vinculantes. Alcançar maior coerência ou harmonização entre as leis nacionais de insolvência é um fenômeno bastante novo na União Europeia. Até cerca de dez anos atrás, o direito da insolvência era visto por muitos Estados-membros como um assunto que pertencia estritamente à competência da legislatura de cada Estado. Antes do apelo do Parlamento Europeu à Comissão Europeia, em 2011, para harmonizar certas questões referentes a um quadro de insolvência empresarial da UE, o tema “harmonização do direito da insolvência” permanecia um tabu, sem discussão.²

Um ano após o apelo do Parlamento Europeu,³ em 12 de dezembro de 2012, a Comissão Europeia – que atua como o Poder Executivo da UE –, anunciou uma política inédita, adotando uma nova abordagem em matéria de falência e insolvência das empresas. Ao estabe-

2 “A palavra h... está fora!” (tradução livre), observei em meu artigo Harmonização do Direito da Insolvência na Europa (tradução livre). In: European Company Law 8, issue 1 (2011), 27ff. Veja também: Motion for a European Parliament resolution with recommendations to the Commission on insolvency proceedings in the context of EU company law (2011/2006(INI), de 17 de Outubro de 2001. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2011-0355&format=XML&language=EN>>.

3 Sobre as propostas do Parlamento Europeu, ver: Fletcher, Ian F.; Wessels, Bob. Harmonisation of Insolvency Law in Europe. Relatórios apresentados ao Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht (Associação de Direito Civil dos Países Baixos). Deventer: Kluwer, 2012. Os autores resumiram seus resultados e apresentaram suas conclusões em um capítulo final, que foi publicado separadamente. Consultar: <http://bobwessels.nl/wordpress/?attachment_id=2409>.

1 Incluindo a Grã-Bretanha, que já expressou seu desejo de deixar a União Europeia (Brexit).

lecer essa política, a Comissão, por meio da identificação dos problemas sobre os quais a nova abordagem deve se concentrar, pretende “(...) desenvolver uma cultura de resgate e recuperação nos Estados-membros”. Em 12 de março de 2014, a Comissão publicou sua *Recomendação sobre uma nova abordagem em matéria de falência e de insolvência das empresas*, sobre a nova abordagem para a falência e a insolvência empresarial, na qual declara que muitos processos de reestruturação europeus “(...) ainda são inflexíveis, caros e morosos”.⁴

A Recomendação apresenta dois grandes objetivos:

“(...) assegurar que empresas viáveis com dificuldades financeiras, seja qual for sua localização na UE, tenham acesso às legislações nacionais em matéria de insolvência que lhes permitam reestruturar-se numa fase precoce, com vistas a evitar a sua insolvência e, assim, maximizar o valor total para os credores, empregados, proprietários e a economia em geral. A Recomendação visa igualmente dar uma segunda oportunidade, em toda a UE, aos empresários honestos em situação de falência.”⁵

“Alcançar maior coerência ou harmonização entre as leis nacionais de insolvência é um fenômeno bastante novo na União Europeia.”

4 Ver a avaliação de impacto (Impact Assessment 2014) que acompanha o documento *Commission Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency*, de 12 de Março de 2014. SWD, 2014, 61 final, 2.

5 A Comissão Europeia tem dado ênfase à política de redução do “estigma da bancarrota” e estimulado o recomeço de (honestos) devedores. Também

Para alcançar esses objetivos, a Comissão julgou necessário:

*“(...) incentivar uma maior coerência entre as legislações nacionais em matéria de insolvência, a fim de reduzir as divergências e ineficiências que dificultam a reestruturação precoce das empresas viáveis com dificuldades financeiras e a possibilidade de uma segunda oportunidade para os empresários honestos, reduzindo, assim, os custos de reestruturação para os devedores e os credores. Uma maior coerência e uma maior eficiência das regras nacionais em matéria de insolvência permitiriam maximizar os resultados para todos os tipos de credores e investidores e incentivar o investimento transfronteiriço. Facilitaria igualmente a reestruturação dos grupos de empresas, independentemente do local onde os membros do grupo estão localizados na União.”*⁶

Vale notar que a Comissão não utilizou o termo “harmonização” em seu texto. A Recomendação de março de 2014 apresenta um total de 20 considerações e 36 recomendações.⁷ Em seu conteúdo, recomenda que cada Estado-membro da UE estabeleça um quadro jurídico preventivo em matéria de insolvência, que preveja: recurso antecipado (não aguardando a formalização da insolvência);

mínimo envolvimento judicial; um modelo “devedor em posse”, que garanta o mínimo de interrupção nas atividades empresariais do devedor e que lhe permita manter suas operações comerciais cotidianas; permanência por ordem judicial; vinculação de todos os credores afetados ao plano de reestruturação; e proteção para novos financiamentos.⁸

Em um documento publicado em setembro de 2015, a Comissão apresentou embasamento empírico para o seu argumento de que eficientes quadros jurídicos pré-insolvência desempenham papel importante na promoção de uma cultura de reestruturação precoce e de segundas chances nos Estados-membros da UE.⁹ A avaliação da Comissão, feita 18 meses após a publicação da Recomendação, revela que, embora esta tenha fornecido um enfoque útil para os Estados-membros que se propuseram a empreender reformas na área de insolvência, a implementação foi apenas parcial.

A Recomendação foi acatada somente em certa medida pelos Estados-membros. Isso ocorreu especialmente nos Estados que receberam recomendações sobre insolvência no âmbito do chamado Semestre Europeu¹⁰ e do Procedimento de Desequilíbrio Macroeconômico. Esses Estados têm sido bem seletivos na aceitação das recomendações.¹¹

Na literatura jurídica, a recepção da Recomendação na Europa tem sido bastante mista.

tem, de maneira generalizada, comparado os padrões internacionais de insolvência do consumidor desde 2002. Para uma visão geral, consultar: Skene, Donna McKenzie. Credit where Credit is Due: The Effect of Devolution on Insolvency Law in Scotland. In: 2013 1, Nottingham Insolvency and Business Law eJournal (NIBLeJ) 5, 51 et seq. O periódico está disponível em:

< https://www4.ntu.ac.uk/nls/research/insolvency_journal/ >.

6 Ver considerações 1 e 11 da Recomendação, respectivamente.

7 Recomendação da Comissão de 12 de março de 2014, em: A new approach to business failure and insolvency. C(2014) 1500 final. Consultar: <http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/news/140312_en.htm>. Para uma visão ampla, ver: Madaus, Stephan. The EU Recommendation on Business Rescue – Only Another Statement or a Cause for Legislative Action Across Europe?, In: 27 Insolvency Intelligence 2014, n. 6, 81ff.; Wessels, Bob. Rescue on the rise. In: Eurofenix Autumn 2014, pp. 12-15.

8 Para análise, ver: van Zwielen, Kristin. Restructuring law: recommendations from the European Commission. In: Law in Transition, on-line (EBRD publication), 2015.

9 Ver: Carcea, Mihaela Carpus; Ciriaci, Daria; Caballero, Carlos Cuerpo; Lorezani, Dimitri; Pontuch, Peter. The Economic Impact of Rescue and Recovery Frameworks in the EU. European Economy Discussion Paper 004, September 2105. Disponível em: <http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/eedp/index_en.htm>.

10 Realizado nos primeiros seis meses de cada ano, o Semestre Europeu consiste em um ciclo de coordenação no qual os Estados-membros da UE alinham suas políticas orçamentais e econômicas nacionais de acordo com as regras e os objetivos fixados no âmbito da UE.

11 Ver: <http://ec.europa.eu/justice/civil/commercial/insolvency/index_en.htm>.

A mera possibilidade de aproximação ou harmonização das leis de insolvência é seriamente questionada por alguns estudiosos. Baseado no princípio da subsidiariedade, um grupo de especialistas argumenta que os Estados não necessitam da interferência de Bruxelas para criar leis de resgate eficientes. Em outras instâncias, questões têm sido levantadas quanto à extensão dos benefícios de qualquer harmonização,¹² devido à natureza irrealista dos princípios prescritos¹³ – dadas as muitas diferenças entre os sistemas nacionais de insolvência – ou ao ritmo de execução previsto pela Recomendação (decorrente de um alto nível de impaciência demonstrado pela Comissão).¹⁴ Outros estudiosos, no entanto, aderem à Recomendação ou a apoiam, explicando como propostas já existentes de revisão de leis nacionais estão, em geral, alinhadas com o documento de março de 2014.¹⁵ Esses profissionais também esclarecem como legislações revisadas recentemente deveriam ser aperfeiçoadas pelos tópicos abordados na Recomendação, como, por exemplo, as legislações da Alemanha,¹⁶ da França¹⁷ e do Reino Unido.¹⁸ Certos autores aprovam a Recomendação, mas, como Eidenmüller,¹⁹ lamentam que o esforço de harmonização seja limitado, que haja uma ausência de definições de conceitos-chave²⁰ e que determinadas exigências não tenham sido recomendadas pela Comissão,²¹ deixando muito espaço para uma diversidade residual nos Estados-membros da UE.

ESTABELECIMENTO DA UNIÃO DOS MERCADOS DE CAPITAIS

Em fevereiro de 2015, a Comissão Europeia lançou um projeto emblemático com o objetivo de “(...) desbloquear fundos para empresas da Europa e impulsionar o crescimento nos 28 Estados-membros da UE com a criação de um verdadeiro mercado único de capital”. A ideia é a de que essa União de Mercados de Capitais (UMC) derrube as barreiras que bloqueiam os investimentos transfronteiriços na UE e que impedem as empresas de ter acesso a financiamentos. A Comissão observa que, diferentemente de outras partes do mundo, na Europa, as empresas continuam fortemente dependentes de bancos e relativamente pouco ligadas aos mercados de capitais. Com a criação da UMC, a Comissão quer afastar os obstáculos que impossibilitam aqueles que precisam de financiamento de encontrar investidores. Além disso, a Comissão deseja construir um sistema que canalize

12 Cohen, Adrian; Ruiz, Gabriella. Living in perfect harmony? A new European approach to business failure and insolvency. In: 6 Corporate Rescue and Insolvency, 2013, 151ff.

13 Bennett, Allan. To harmonise or not to harmonise, that's the question. In: 8 Corporate Rescue and Insolvency, 2015, 98ff.

14 Paulus, Christoph. Europeanisation of the Member States Insolvency Laws. In: 2015, 3, Nottingham Insolvency and Business Law eJournal (NIBLeJ) 17.

15 Para saber sobre o posicionamento dos Países Baixos em relação ao programa de reajuste (“herijking”) na legislação sobre insolvência, ver: Schieman, E. De aanbeveling van de Europese Commissie inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie. In: Ondernemingsrecht 2014, p. 77, 369ff.

16 Lürken, Sacha. Not so dead yet – A fresh impetus from Brussels for a pre-insolvency restructuring procedure. In: 6 International Insolvency Law Review 3, 2015, 224ff.

17 Damanense, Reinhard; Lucas, Francois-Xavier. Faut-il déjà réformer la réforme du 12 mars 2014. In: Bulletin Joly Entreprises en difficulté. Maio-Junho 2014, 1ff.

18 UK Insolvency Service, A Review of the Corporate Insolvency Framework. Sobre consulta acerca das opções para a reforma, ver: <<https://www.gov.uk/government/consultations/a-review-of-the-corporate-insolvency-framework>>, de maio de 2016. Para uma crítica (em 2 partes), ver: Payne, Jennifer, de 14 e 15 junho de 2016, disponível em: <<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2016/06/new-uk-debt-restructuring-regime-critique-insolvency-service>>.

19 Eidenmüller, Horst. Die Restrukturierungsempfehlung der EU-Kommission und das deutsche Restrukturierungsrecht. In: KTS 2014, 401ff, disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2519010>>. Eidenmüller, Horst. A New Framework for Business Restructuring in Europe: the EU Commission's Proposals for a Reform of the European Insolvency Regulation and Beyond. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2230690>>.

20 Por exemplo, conceitos como “quadro/enquadramento”, “empresas viáveis com dificuldades financeiras”, “empreendedor honesto”, “fraude, evasão ou abuso”, “probabilidade de insolvência”.

21 Eidenmüller, Horst; van Zwieten, Kristin. Restructuring the European Business Enterprise: The EU Commission on a New Approach to Business Failure and Insolvency. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2662213>>. Com relação à Espanha, ver: Ezquerro, Juana Pulgar. Corporate Restructuring: The European Recommendation and the Spanish Model. In: Parry, Rebecca; Omar, Paul (eds.). Reimagining Rescue. INSOL Europe, Nottingham Paris 2016, pp. 119-138.

“ Em setembro de 2015, a Comissão anunciou, em um Plano de Ação, que fará uma proposta de iniciativa legislativa sobre insolvência das empresas, incluindo reestruturação precoce e segunda oportunidade, com base na experiência da Recomendação. ”

fundos da maneira mais eficiente possível. No Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão para Reflexões Iniciais acerca dos Impedimentos para o Profundo e Integrado Desenvolvimento do Mercado de Capitais da UE, afirma-se que os quadros jurídicos em matéria de insolvência, a aplicação e a efetividade do Direito dos Contratos continuam a diferir significativamente entre todos os Estados-membros da UE, apesar dos esforços contínuos para melhorar a eficiência dos processos de insolvência e reestruturação:

“(...) as grandes diferenças entre as leis de insolvência dos Estados-membros criam custos adicionais para os investidores estrangeiros na avaliação apropriada dos riscos, impedindo, conseqüentemente, a emergência de mercados de crédito pan-europeus. A falta ou a inadequação de regras que permitam a reestruturação precoce da dívida, a ausência de medidas para poder oferecer uma segunda oportunidade a empresários e a duração e os custos dos processos formais de insolvência em muitos Estados-membros levam a baixas taxas de recuperação dos credores e desencorajam os investidores, que passam a restringir seus investimentos ou a investir somente em bonificações mais elevadas.”

Em seu planejamento, a Comissão considera a implementação da Recomendação apenas “(...) um primeiro passo”, já que ela “(...) não aborda a parte mais relevante da lei de insolvência, que é a que determina os processos formais de insolvência, que finalizam com a liquidação dos ativos do devedor

e com a distribuição dos proventos para os credores”.²²

Em setembro de 2015, a Comissão anunciou, em um Plano de Ação, que fará uma proposta de iniciativa legislativa sobre insolvência das empresas, incluindo reestruturação precoce e segunda oportunidade, com base na experiência da Recomendação. A iniciativa buscará tratar das barreiras mais relevantes para a livre circulação de capital, tendo como suporte regimes nacionais que funcionam bem. Isso quer dizer que as leis de insolvência devem ser elaboradas de forma a facilitar os investidores na avaliação de riscos de crédito, especialmente os relacionados a investimentos transfronteiriços.²³

PROPOSTA PARA UMA DIRETIVA DE REESTRUTURAÇÃO

A Comissão apresentou, em novembro de 2016, a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos quadros jurídicos em matéria de reestruturação preventiva, à concessão de uma segunda oportunidade e às medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos de reestruturação, insolvência e quitação, e que

altera a diretiva 2012/30/UE (“Diretiva de Reestruturação”).²⁴

No item 1 do referido documento, encontra-se a finalidade da proposta:

(...) a presente diretiva tem como objetivo eliminar os obstáculos ao exercício de liberdades fundamentais como a livre circulação de capitais e a liberdade de estabelecimento, resultantes das diferenças entre as legislações e processos nacionais em matéria de reestruturação preventiva, insolvência e concessão de uma segunda oportunidade. A presente diretiva visa à eliminar esses obstáculos assegurando o acesso das empresas viáveis com dificuldades financeiras a quadros jurídicos nacionais eficazes, em matéria de reestruturação preventiva, que lhes permitam continuar a exercer sua atividade; a concessão de uma segunda oportunidade aos empresários honestos sobre-endividados após o perdão total da dívida e depois de um período de tempo razoável; e uma maior eficácia dos processos de reestruturação, insolvência e quitação, nomeadamente com vistas à redução da sua duração”.

Pode-se concluir que a finalidade da proposta está em consonância com os objetivos expressos na Recomendação, de março de 2014, e no Plano de Ação da UMC, de setembro de 2015.

Em seu conteúdo, a Proposta de Diretiva de Reestruturação²⁵ apresenta sete “princípios-chave” para assegurar que os quadros jurídicos em matéria de insolvência

22 Para ver documentos relacionados, acessar: <http://ec.europa.eu/finance/capital-markets-union/index_en.htm>. Em Five Presidents Report - plans to strengthen Economic and Monetary Union, de 1º de julho de 2015, medidas concretas foram publicadas para “(...) uma verdadeira e aprofundada UME (União Monetária Europeia, EMU em inglês), que ofereceria um lugar estável e próspero para todos os cidadãos dos Estados-membros da UE que compartilham uma moeda única, atraindo outros Estados-membros da UE para a adesão, caso estejam prontos para fazê-lo” (tradução livre). Novamente, nesse relatório, os quadros jurídicos nacionais de insolvência são considerados como um obstáculo para criar a UMC. Ver: <<http://www.eubusiness.com/topics/finance/5-presidents/>>.

23 A esse respeito, a Comissão afirmou: “(...) A convergência dos processos de insolvência e reestruturação contribuirá para uma maior segurança jurídica dos investidores transfronteiriços e incentivará a reestruturação em tempo hábil de empresas viáveis com dificuldades financeiras. Partes interessadas consultadas concordam, de maneira geral, que tanto a ineficiência quanto a divergência entre as leis de insolvência tornam difícil para os investidores a avaliação de risco de crédito, particularmente os riscos relacionados a investimentos transfronteiriços”. Com relação ao Plano de Ação, veja COM (2015) 468 final, disponível em: <http://ec.europa.eu/finance/capital-markets-union/docs/building-cmu-action-plan_en.pdf>. Ver também: Valiente, Diego. Europe’s Untapped Capital market: Rethinking financial integration after the crisis. CEPS Paperback, London: Rowman & Littlefield International 2016.

24 Veja (COM)(2016) 723 final (Restructuring Directive). Para ver todos os documentos relacionados, acesse: <http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=50043>.

25 Uma vez finalizada, a diretiva entra em vigor 20 dias após a publicação no Jornal Oficial da UE, e os Estados-membros (art. 34) devem implementar “(...) as leis, regulamentos e disposições administrativas necessárias para atender esta Diretiva em dois anos a partir da data de início da vigência”.

e reestruturação sejam consistentes e eficientes por toda a UE:

- Empresas com dificuldades financeiras, especialmente as pequenas e médias, terão acesso a instrumentos de alerta rápido para detectar situação de deterioração da empresa e assegurar uma reestruturação em estágio precoce;
- Quadros jurídicos de reestruturação preventiva flexíveis simplificarão processos judiciais longos, complexos e custosos. Quando necessário, tribunais nacionais deverão ser envolvidos para proteger os interesses das partes;
- O devedor será beneficiado com um “tempo de respiração” (ou de permanência) de, no máximo, quatro meses, a partir da ação de execução, para que se facilitem as negociações e o êxito da reestruturação;
- Credores discordantes e acionistas minoritários não estarão aptos a bloquear planos de reestruturação, mas seus interesses legítimos estarão salvaguardados;
- Novos financiamentos serão protegidos especificamente, aumentando as chances de uma reestruturação bem-sucedida;
- Ao longo do processo de reestruturação preventiva, os trabalhadores gozarão da proteção integral das leis trabalhistas, conforme a legislação vigente na UE; e
- Treinamentos, especialização de profissionais e tribunais, bem como uso da tecnologia (por exemplo, apresentação de protestos *online*, notificações a credores), irão melhorar a eficiência e propiciarão a diminuição dos processos de insolvência, reestruturação e segunda oportunidade.

A proposta, em papel, é um documento composto por 55 páginas, sendo 23 delas com um Memorando Explicativo. Esse memorando expõe o contexto e os objetivos da proposta, informando – com referências a mais de

50 fontes majoritariamente legislativas nas notas de rodapé – o cenário institucional e seu alinhamento com as políticas existentes. Essa parte do documento será extremamente útil para os Estados-membros durante seus processos de implementação. A proposta em si é constituída de 47 itens de exposição de motivos e 36 artigos. Em 12 páginas com referências a 20 fontes diferentes, os itens descrevem mais especificamente os objetivos da diretiva e as intenções que permeiam os grupos de artigos. Finalmente, o terceiro pilar do documento são os artigos, agrupados em seis títulos.

A reestruturação tem, evidentemente, ramificações em várias outras áreas do direito, como, por exemplo, o financeiro, trabalhista e empresarial.

“Disposições gerais” (título I, arts. nº 1 a 3);

“Quadros jurídicos em matéria de reestruturação preventiva” (título II, arts. nº 4 a 18);

“Concessão de uma segunda oportunidade aos empresários” (título III, arts. nº 19 a 23);

“Medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos de reestruturação, insolvência e concessão de uma segunda oportunidade” (título IV, arts. nº 24 a 28);

“Acompanhamento dos processos de reestruturação, insolvência e quitação” (título V, arts. nº 29 a 30);

“Disposições finais” (título VI, arts. nº 31 ao 36).

O Título II está subdividido em 5 capítulos:

1. Disponibilização de quadros jurídicos em matéria de reestruturação preventiva (art. nº 4);

2. Facilitar as negociações dos planos de reestruturação preventiva (arts. nº 5 a 7);

3. Planos de reestruturação (arts. nº 8 a 15);

4. Proteção do novo financiamento, do financiamento intercalar e de outras transações relacionadas com a reestruturação (arts. nº 16 a 17);

5. Obrigações dos administradores no quadro das negociações de um plano de reestruturação preventiva (art. nº 18).

O Título VI, com as disposições finais, contém uma cláusula de re-exame (art. nº 33: a cada 7 anos) e regras para implementação e entrada em vigor.

Em termos gerais, existe a perspectiva de que as atuais regras relacionadas aos direitos trabalhistas na UE não sofrerão influência. Há, no entanto, um indicativo de mudança na área de direito empresarial. Para a Comissão, alguns requisitos necessários para a assembleia geral dos acionistas e para os

direitos de preferência poderiam prejudicar a eficácia da adoção e da implementação de um plano de reestruturação. A proposta exige que os Estados-membros derroguem as disposições em matéria de direito empresarial, na medida e durante o período necessário, para garantir que os acionistas não frustrem os esforços de reestruturação abusando de seus direitos, nos termos da atual legislação da UE. No entanto, se os Estados-membros puderem assegurar que as normas atuais de direito empresarial não ameaçarão a efetividade do processo de reestruturação da empresa, nenhuma derrogação será necessária.

HARMONIA

A União Europeia está em meio a um longo processo para que seus Estados-membros transformem suas legislações em um sistema moderno, que incorpore uma cultura de recuperação de empresas. A Proposta de Diretiva será discutida e negociada com o Parlamento Europeu e o Conselho, a assembleia dos Estados-membros da UE. Com a implementação sugerida, prevista para dois anos a partir da data de entrada em vigor da Diretiva de Reestruturação final, é provável que as normas de reestruturação de empresas somente passem a valer nos Estados-membros em 2019 ou 2020. O conjunto de regras apresentadas reflete um sistema viável. Essas diretrizes introduzem princípios comuns sobre o uso de quadros de reestruturação precoce, o que auxiliará as empresas na manutenção de suas atividades e na preservação de empregos. Além disso, esses quadros permitirão que empresários obtenham o benefício da segunda oportunidade, já que estes receberão o perdão total da dívida depois de um período máximo de três anos. Ao mesmo tempo, as



medidas voltadas para os Estados-membros, com vistas a aumentar a eficiência dos processos de insolvência e reestruturação, devem reduzir sua duração e seus custos.²⁶ Certamente haverá reservas em relação a esse processo de harmonização da legislação em matéria de insolvência e reestruturação na UE. Essa área encontra-se interligada a outras searas do direito, como o empresarial e o de contratos. Para o direito empresarial, a Comissão apresenta uma proposta. Nas ocasiões em que os planos de reestruturação têm de ser tomados como contratos multilaterais, a aplicação do sistema de direito de contratos dos Estados-membros ainda deve ser testada. As normas constantes na proposta são, por vezes, muito gerais e não suficientemente específicas, o que possivelmente levará a divergências na implementação dos sistemas

nacionais de insolvência (a menos que os legisladores nacionais se abram para uma cooperação horizontal entre Estados). O pecado está nos detalhes. O que significam “(...) probabilidade de insolvência”, “(...) valoração (...) da empresa do devedor” e “(...) um plano de reestruturação que restaure a viabilidade da empresa”? Em um discurso no Fórum Parlamentar Europeu de Serviços Financeiros (EPFSF, em inglês), neste ano, eu enumerei os prós e contras das ideias da Comissão Europeia²⁷, a qual é ambiciosa e otimista:

(...) aumentar o emprego e o crescimento na Europa requer uma cultura de recuperação mais forte, que ajude empresas viáveis a se reestruturar e continuar a operar, que conduza empresas sem chance de sobrevivência a uma rápida liquidação e

26 De maneira geral, a proposta tem sido bem recebida. Ver: <<http://globalrestructuringreview.com/article/1078233/experts-in-harmony-over-strengths-of-proposed-eu-directive>>.

27 Ver: <https://www.epfsf.org/images/stories/PDF/2017/170202_EPFSF_Key-Notes-from_Bob-Wessels_170125.pdf>.

*que dê a empresários honestos em situação de dificuldade uma segunda oportunidade. Essa proposta é um passo importante para tal mudança de cultura”.*²⁸

Isso significa, sem dúvida, que a legislação não é, em si, a única resposta política apropriada. É importante que haja uma movimentação do mercado de insolvência (advogados, contadores, tribunais, credores), no sentido de agir como vetor dessa cultura. Há mais de trinta anos, uma referência para o sucesso foi dada ao sistema de insolvência inglês:

*“(...) o sucesso de qualquer sistema de insolvência (...) depende em grande medida daqueles que o administram. Se os administradores não tiverem a confiança e o respeito dos tribunais, devedores, credores e, especialmente, do público em geral, os protestos se multiplicarão. E, se nenhuma ação corretiva for tomada, o sistema cai em descrédito e desuso”.*²⁹

Eu complementaria afirmando que não é só a confiança dos credores, mas a confiança que o mercado deposita na independência e na eficácia dos tribunais. Além disso, as ações dos titulares de escritórios de insolvência devem ser traduzidas em sua habilidade de conduzir os processos de forma transparente, dando informações claras, por exemplo, a credores não segurados, sendo capazes de influenciar não só qualquer administração, mas também a forma como a profissão é regulamentada, o que incluiria um mecanismo

para manter a confiança em qualquer regime regulatório, como a reforma de uma ação ou um procedimento de protesto.³⁰ A proposta, se adotada, trará um quadro jurídico que resultará em uma reforma total do processo de reestruturação europeu. Os próximos anos nos dirão se haverá apoio político suficiente para mudanças tão radicais. Novas leis apenas nos livros, contudo, raramente têm utilidade. Uma legislação apropriada certamente é necessária, mas o ímpeto para as mudanças corretas deve vir do mercado (os credores segurados e os coletores de impostos estarão abertos para as mudanças por vir?), do profissionalismo e da competência dos profissionais da insolvência.

28 Proposta, p. 7.

29 Cork, Kenneth. Cork Report. Insolvency Law and Practice – Report of the Review Committee. Junho de 1982, Cmnd. 8558. London, HMSO ISBN 0 10 185580, para 732. O “Relatório Cork” tem servido como base para a reforma da legislação em matéria de insolvência no Reino Unido, centrada na Lei de Insolvência de 1986.

30 Ver: Fletcher, Ian F.; Wessels, Bob. o.c., p. 82. Ver também: Paulus, Christoph G.; Potamitis, Stathis; Rokas, Alexander; Tirado, Ignacio. Insolvency Law as a Main Pillar of Market Economy – A Critical Assessment of the Greek Insolvency Law. In: 24 International Insolvency Review 2015, 1 et seq., que dá ênfase à necessidade de educação e qualificação dos tribunais e profissionais da insolvência, também para “(...) fomentar e alimentar uma cultura de recuperação, já que isso é indispensável para se alcançar os efeitos benéficos de uma legislação moderna em matéria de insolvência, com foco na reestruturação de empresas, para que seja completa” (tradução livre).

SOLUÇÕES NEGOCIADAS PARA A INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL

Neste artigo, o ministro Ricardo Villas Bôas Cueva trata das soluções negociadas como via alternativa para a insolvência nacional. Considerado um método mais célere e menos custoso, se comparado ao processo falimentar, a solução negociada prioriza a composição de interesses entre as partes e a consensualidade. Além de apontar as vantagens desse mecanismo, o artigo analisa seus desafios práticos e propõe a utilização de modelos híbridos, traçando um paralelo entre a realidade brasileira e a de outros países, no tocante às leis de recuperação de empresas e aos meios de solução de conflitos adotados.

RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Bacharel em direito pela Universidade de São Paulo, mestre em direito tributário pela Escola de Direito de Harvard, nos Estados Unidos, e doutor pela Universidade Johann Wolfgang Goethe, na Alemanha. Foi procurador da Fazenda Nacional e procurador do Estado de São Paulo. Atualmente, é ministro do Superior Tribunal de Justiça.

A Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência (lei nº 11.101/2005), assim como outras leis falimentares ao redor do mundo, foi fortemente inspirada no capítulo 11 da lei falimentar norte-americana. Busca-se, aqui como alhures, uma solução negociada como alternativa à liquidação de ativos, na qual os credores assumem maior protagonismo, ao mesmo tempo em que passam a ter menores incentivos para condutas oportunistas, com a proteção da *par conditio creditorum*, mas com a possibilidade de *cram-down*.¹ Além disso, a venda de ativos, sobretudo de filiais ou unidades produtivas isoladas, favorece o saneamento e a preservação da empresa.

Os custos diretos e indiretos da recuperação judicial são, contudo, bastante elevados e se protraem no tempo, o que implica elevação dos custos reputacionais, em prejuízo do efetivo soerguimento da empresa insolvente, cujas fontes de crédito tendem a miniguar. A própria possibilidade de alienação de unidades produtivas isoladas acaba por se limitar a grandes grupos empresariais, que podem permitir desinvestimentos seletivos como estratégia de reorganização, sem que suas atividades principais sofram solução de continuidade. De outra parte, a recuperação

extrajudicial, talvez por falta de tratamento adequado, não tem sido utilizada.

Por isso, dentre outras razões, decorridos 12 anos da edição da lei, já se clama por sua reforma, encontrando-se em estado avançado os estudos encomendados pelo Ministério da Fazenda a uma comissão de juristas que deverá, em breve, apresentar anteprojeto de alteração da lei de recuperação judicial.

POR QUE SOLUÇÕES NEGOCIADAS?

Como lembrado por José Antonio García-Cruces, professor da Universidade de Zaragoza, em um estudo sobre a legislação espanhola, mas aplicável ao que se verifica em outros países, a preferência por soluções negociadas é diretamente proporcional ao fracasso do processo falimentar, isto é, esse protagonismo não corresponde tanto às vantagens dos acordos de refinanciamento e reestruturação, mas à ineficiência da legislação de insolvência. O processo falimentar é caro, lento e gera expressivos custos reputacionais, que estão relacionados às dificuldades de obter crédito e à incerteza de qualquer processo judicial.²

¹ A Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência incorporou da legislação norte-americana o *cram-down*, mecanismo que leva em consideração a deliberação feita pela maioria dos credores, de modo que aqueles que não aprovarem o plano de recuperação judicial devem conformar-se com ele, independente de manifestação contrária.

² García-Cruces, José Antonio. *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial em el derecho español* (pp. 131-189), p. 132, in: García-Cruces, José Antonio (org.), *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial: reformas en el derecho comparado y crisis economica*. Cizur Menor, Thomson Reuters/Arazandi, 2014.

A lógica do processo falimentar contrasta fortemente com o modelo de soluções negociadas. No primeiro, há intervenção judicial, sendo as regras imperativas e orientadas por um princípio de universalidade. No segundo, procura-se dispensar ao máximo a intervenção judicial, adotando-se a lógica contratual. A escassez de solvência patrimonial, no entanto, não ajuda a composição de interesses, que é particularmente difícil quando há uma pluralidade de credores com posições muito diferentes. O conflito de interesses entre os credores dificulta uma atuação cooperativa.³

De acordo com a análise econômica do direito, o procedimento concursal deve ser essencialmente um meio para articular a negociação entre partes com interesse em conflito, considerando a racionalidade dos participantes, a redução dos custos de transação e a diminuição das assimetrias informacionais. A legislação deveria garantir que, por meio de soluções consensuais, os credores se vejam em melhor posição que aquela oferecida por soluções adjudicadas, que, muitas vezes, tendem a favorecer a liquidação dos ativos em detrimento da preservação da empresa e dos empregos.⁴

As soluções consensuais não são, contudo, inteiramente satisfatórias, nem suficientes, cabendo à lei um papel essencial para delimitar

direitos e impedir abusos. É o que se vê, por exemplo, em uma das recentes reformas à lei falimentar americana, o *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*, de 2005. A negociação tornou-se fase essencial na reorganização empresarial, em vista das profundas mudanças no mercado de crédito, antes monopolizado por um pequeno grupo de bancos e, hoje, aberto a investidores institucionais. O aumento do número de credores faz com que os interesses tornem-se mais heterogêneos, e o consenso passa a ser mais difícil. Para superar tais dificuldades, surgem procedimentos híbridos, que têm por finalidade reduzir resistências levantadas por alguns dos credores, sem os elevados custos associados a um processo falimentar, e consistem em uma solução de compromisso entre a autonomia da vontade e o interesse público.⁵

Estados Unidos

Mesmo nos Estados Unidos, cuja legislação prestou-se de modelo a várias reformas ao redor do mundo, as soluções negociadas poderiam ter alcance mais amplo. A política pública subjacente à lei falimentar norte-a-

3 García-Cruces, op. cit., p. 182.

4 Serrano, Juan Luis Goldenberg. *Los acuerdos de reorganización de la empresa deudora en el derecho concursal chileno* (pp. 73-107), in: García-Cruces, José Antonio (org.), op. cit.

5 Serra, Catarina. *La recuperación negociada de empresas bajo la ley portuguesa. Para una lectura sistemática de los acuerdos de recuperación o restructuración de empresas* (pp. 297-315), in: García-Cruces, José Antonio (org.), op. cit.

“A legislação deixou de focar conteúdos em prol da construção de um fórum comum, para que as partes alcancem decisão unitária sobre o destino dos bens e da atividade de devedor.”

americana tem por finalidade evitar que o insolvente seja estigmatizado, de modo que o fracasso do negócio pode ser visto como uma nova oportunidade, como um novo início. Procura-se evitar a liquidação, e os tribunais favorecem o devedor que pretenda reorganizar seus negócios e manter o valor de seus ativos. Busca-se o saneamento em vez da liquidação. O capítulo 11 da lei falimentar, contudo, implica procedimentos caros e inacessíveis aos pequenos e médios negócios. Grandes empresas – que podem vender parte de seus ativos, enquanto outra parte se mantém operativa –, tendem a se beneficiar desse procedimento, que, muitas vezes, envolve uma liquidação parcial. Pequenos e médios negócios nem sempre podem arcar com os elevados custos de uma recuperação judicial.⁶

Alemanha

Um maior repertório de soluções negociadas também poderia aprimorar o direito concursal alemão. Segundo Gerald Spindler, professor da Universidade de Göttingen, nas duas últimas décadas, sucessivas reformas têm promovido a reestruturação das empresas, em lugar da simples liquidação dos ativos, rompendo tradição centenária. Assim, a reforma de 2011 atribuiu maior protagonismo aos credores, coordenou os direitos societário e falimentar, com vistas à possibilidade de capitalização de dívidas, procurou reduzir incentivos a condutas oportunistas e promoveu a figura da intervenção do devedor, a fim de permitir, quando possível, gestão compartilhada. Mas a reforma ainda encontra

6 Altieri, Gerardo A. Carlo. *Crisis económica, reorganización de empresas bajo el capítulo 11 del código de quiebra estadounidense, críticas e reformas necesarias al sistema de administración concursal de los EEUU*. (pp.191-208), in: García-Cruces, José Antonio (org.), op. cit.

problemas. Nem todos os tribunais aceitam o papel dos comitês de credores na designação dos administradores. A capitalização das dívidas, a seu turno, ainda não tem sido tão frequente quanto se esperava, já que pairam dúvidas quanto à responsabilidade dos novos sócios.⁷

Chile

No Chile, segundo Juan Luis Goldenberg Serrano, professor da Pontifícia Universidade Católica do Chile, a reforma da lei falimentar, de 2012, aprofunda a “privatização” ou “despublicização” de suas instituições, procurando evitar os problemas estruturais da negociação dos acordos de reorganização judicial, ao ensejar menor intervenção do Poder Judiciário, estimular a continuidade das atividades da empresa, permitir a divisão dos credores em diversas classes, reduzir custos de transação e impedir dilação do procedimento.

O direito falimentar chileno passou a se orientar por uma lógica contratualista, que se funda na ideia de que o procedimento deve existir para que as partes cheguem a um acordo que resulte em solução mais eficiente do que aquela que poderia ser previamente concebida pelo legislador ou mesmo adjudicada pelo Judiciário. A legislação deixou de focar conteúdos em prol da construção de um fórum comum, para que as partes alcancem decisão unitária sobre o destino dos bens e da atividade de devedor.

Na recuperação judicial, não se utiliza sequer o modelo do capítulo 11 norte-americano, no qual o juízo de viabilidade econômica não depende somente da vontade

dos credores, mas de uma ponderação judicial, que pode levar à homologação da decisão majoritária que se consubstancie em um acordo viável e equitativo. No Chile, ao revés, tem-se por aprovado o acordo quando vencido o prazo para sua impugnação, ou seja, a eficácia concursal do ajuste não depende de pronunciamento judicial de validação, mas apenas do decurso de prazo ou da rejeição das impugnações. Em regra, a intervenção judicial não ocorre de ofício, mas apenas a requerimento da parte, e limita-se aos aspectos formais do acordo – como nas hipóteses de colusão para obter vantagens indevidas ou de apresentação de informações falsas –, não se referindo ao conteúdo do ajuste.

Na recuperação simplificada ou extrajudicial, inspirada nos acordos preventivos extrajudiciais argentinos, há uma etapa puramente negocial, que só vincula os subscritores do acordo. Na etapa seguinte, a homologação judicial não depende de uma apreciação de fundo, mas do preenchimento de determinados requisitos: assinatura de credores representativos de três quartos do passivo em cada classe (o ato deve ser solene, certificado por agente dotado de fé pública); e apresentação de um informe, subscrito por um observador designado pelo devedor e seus principais credores, relativo à viabilidade do acordo, ao montante provável de ressarcimento dos créditos em um cenário de liquidação e à observância dos critérios legais de determinação dos créditos e de preferências.⁸

⁷ Spindler, Gerald. *Derecho concursal en Alemania: reformas recientes* (pp. 21-32), in: García-Cruces, José Antonio (org.), op. cit.

⁸ Serrano, op. cit.



Espanha

Na Espanha, a lei nº 14/2013 introduziu o *acuerdo extrajudicial de pago*, depois reformado pelo decreto-lei nº 1/2015, que se converteu na lei nº 25/2017, de 28/7/2017, cujo art. nº 231 trata da comumente chamada “mediação concursal”. Esse é um procedimento extrajudicial alheio à intervenção do Judiciário, inicialmente concebido para pequenas empresas, e agora também extensivo a todas as pessoas não comerciantes como alternativa à solução concursal, tendente a remover, em sede pré-concursal, a insolvência.⁹

O procedimento pretende-se simples, ágil e célere, sujeito a prazos breves, com a consequente redução de custos temporais e econômicos, relativamente àqueles em que incorreria o devedor caso adotada a solução concursal. A finalidade é alcançar um acordo extrajudicial de pagamento que pode consistir na novação, quitação ou moratória da dívida.¹⁰

Mas não se pode confundir o acordo extrajudicial de pagamento com a mediação, pois a lei falimentar, em nenhum momento, refere-se à mediação, salvo para aludir ao “mediador” concursal e à necessidade de que preencha os requisitos para ser mediador, conforme a Lei de Mediação (lei nº 5/2012). Não se trata de mediação, em primeiro lugar, porque não há controvérsia entre as partes. Além disso, não há autonomia da vontade: o procedimento é iniciado pelo devedor, mas os credores são obrigados a participar da negociação, exceto nas hipóteses de crédito público, sob pena de se verem sujeitos, posteriormente, a um concurso de credores. Por

9 Giner, Eduardo Aznar, *Mediación recursal: los acuerdos extrajudiciales de pago*, Valencia, 2ª ed., 2016, Tirant lo blanch, p. 11.

10 Giner, op. cit. p. 12.

11 Giner, op. cit., p. 14.

fim, a designação do mediador não é concedida às partes, mas confiada ao notário ou registrador e, desde 2015, também às câmaras oficiais de indústria, serviços e navegação.¹¹

O profissional designado deve ser idôneo e independente, tendo por missão impulsionar e controlar o normal desenvolvimento do procedimento, a fim de que as partes cheguem a um acordo de pagamento. Sua atuação deve ser neutra, sem se inclinar por esta ou aquela parte, pois o regime de atuação do mediador aplica-se ao mediador concursal.¹²

O procedimento do acordo extrajudicial de pagamento, que pode ser requerido por pessoas físicas e jurídicas, cujas dívidas não excedam cinco milhões de euros, mediante formulário, sem necessidade de advogado, é, na verdade, um “mini concurso de credores”, em caráter pré-concursal, alheio ao Judiciário, limitado no tempo e dotado de grande rigidez, já que segue a estrutura de qualquer processo concursal tendente à aprovação de um acordo (com pedido, designação de profissional, preparação de plano de pagamento e de viabilidade e reunião de credores). Se o procedimento fracassar, passa-se a um concurso “consecutivo”, que é o concurso de credores propriamente dito.¹³

Portugal

Em Portugal, há várias alternativas para a recuperação de empresas. Os instrumentos judiciais ou híbridos implicam variados graus de intervenção de algum órgão jurisdicional. Enquanto a recuperação judicial se desenvolve em ambiente inteiramente judicial, há instrumentos híbridos que incluem fases ju-

diciais e extrajudiciais, como o procedimento especial de revitalização, um procedimento pré-concursal aplicável a pessoas físicas e jurídicas em sérias dificuldades para cumprir suas obrigações, seja por falta de liquidez, seja por incapacidade de obter crédito.

A característica mais importante do procedimento de revitalização, típica dos procedimentos híbridos, é a possibilidade de que a homologação judicial converta o acordo de recuperação judicial, devidamente aprovado por maioria qualificada, em acordo vinculante para todos os credores. Tal procedimento se inicia mediante a apresentação de declaração escrita do devedor e de, ao menos, um credor. Posteriormente, o juiz nomeia um administrador provisório, que coordena as negociações, além de verificar os créditos e administrar os bens do devedor. Em seguida, o devedor comunica o início do processo aos credores que não tenham assinado a declaração e os convida a participar das negociações, devendo fornecer-lhes todas as informações relevantes. O prazo para serem concluídas as negociações é de dois meses, contados após o encerramento do período para impugnar a lista provisória de créditos, podendo ser ampliado, uma única vez, por um mês, por meio de acordo prévio entre o devedor e o administrador provisório. Nesse período, fica suspensa a exigibilidade dos créditos.

Em 2012, foi criado um sistema de recuperação de empresas extrajudicial. Segundo o art. 1º do decreto-lei nº 178/2012, trata-se de procedimento que tem por fim promover a reorganização extrajudicial das empresas, – mediante a conclusão de um acordo entre a empresa e todos (ou alguns) de seus credores, que representem pelo menos 50% do total da dívida da empresa –, e permitir a sua recuperação da situação financeira.

¹² Giner, op. cit. p. 15.

¹³ Giner, op. cit., p. 18.

O processo se inicia com a apresentação, pela empresa, por meios eletrônicos, de requerimento ao instituto para apoio às pequenas e médias empresas, que deve conter plano de negócios no qual se demonstre ser capaz de, ao final de cinco anos, apresentar coeficiente de autonomia financeira superior a 15% ou 20% (conforme o tamanho da empresa), além de um coeficiente de liquidez superior a 1.05. O instituto tem 15 dias para manifestar-se, rejeitando ou acolhendo o pedido, ou, ainda, propondo melhoras. O acolhimento do pedido suspende a exigibilidade dos créditos pelo período de três meses, com possível extensão de um mês, para conclusão do acordo.

Os princípios que regem a reorganização extrajudicial seguem os princípios estabelecidos no *Global Statement of Principles for Multi-Creditor Workouts* (ou *Insol Principles*). Tais princípios densificam os deveres de cooperação, de informação e de lealdade. Além disso, segundo Catarina Serra, professora da Universidade do Minho, há princípios gerais que têm por fim dar coerência e unidade a todos os instrumentos de recuperação judicial. O princípio geral da recuperação significa que se deve dar preferência aos instrumentos de recuperação, que tendem a corresponder aos melhores interesses de todos os interessados. O subprincípio da recuperabilidade, a seu turno, tem função limitadora (somente as empresas recuperáveis devem ser recuperadas) e de reforço (todas as empresas recuperáveis devem ser recuperadas). O subprincípio da universalidade funda-se na ideia de que a recuperação será mais justa e eficiente se todos os envolvidos participarem.¹⁴

França

Na França, segundo Françoise Pérochon, professor da Universidade de Montpellier, até 1985, o direito falimentar era dedicado a pagar aos credores e castigar o devedor culpado. A partir de então, começou a se desenvolver um direito pré-concursal, que inclui alertas e oferece uma solução negociada, um acordo do devedor com seus principais credores (um acordo confidencial e puramente contratual, concluído com a assistência de um conciliador designado pelo juiz).¹⁵

Em 2005, foi editada a lei de salvaguarda das empresas, que acrescentou novos instrumentos tanto concursais como pré-concursais. As soluções negociadas passaram a ser a conciliação, de caráter puramente contratual, e a salvaguarda com comitês de credores, que é judicial, mas supõe um voto positivo de certos credores.

Em 2010, foi criada a salvaguarda financeira acelerada. Em 2014, criou-se a salvaguarda acelerada. Hoje, há quatro soluções mais ou menos negociadas: conciliação; salvaguarda como comitês de credores; salvaguarda financeira acelerada e salvaguarda acelerada. Estes dois últimos são híbridos das primeiras.

A conciliação é um acordo entre o devedor e seus principais credores, confidencial e contratual. Dentre seus requisitos, está o estado de insolvência recente: durante 45 dias, o devedor pode escolher entre a conciliação e o processo judicial, que podem conduzir à recuperação, ao saneamento ou à liquidação.

14 Serra, Catarina, *La recuperación negociada de empresas bajo la ley portuguesa. Para una lectura sistemática de los acuerdos de recuperación o restructuración de empresas*. (p. 297-315) in García-Cruces, José Antonio (org.), op. cit.

15 Pérochon, Françoise, *Las soluciones negociadas del derecho francés: la conciliación y las salvaguardias con comités de acreedores* (p. 209-243) in García-Cruces, José Antonio (org.), op. cit.

O acordo tem o conteúdo livre. É dotado da força de qualquer contrato e pode ser constatado pelo presidente do tribunal. Nessa hipótese, não é publicado, nem pode ser objeto de recurso, preservando-se a sua confidencialidade. O acordo pode, alternativamente, ser homologado, desde que não haja insolvência ou prejuízo aos outros credores e continue a atividade da empresa.

A segunda solução negociada, a salvaguarda com comitê de credores, é um concurso aberto sem estado de insolvência e puramente voluntário por parte do devedor. Na salvaguarda de direito comum, o procedimento começa com um período de observação (de quatro a seis meses, que se estende, na prática, a um ano), durante o qual o devedor não pode pagar, nem ser cobrado, ou praticar atos relevantes sem permissão do juiz. O síndico ouve individualmente os credores, cujas respostas são levadas em conta pelo tribunal, para decidir sobre o plano de pagamento. A partir de 2005, a lei prevê um modo alternativo, a salvaguarda com comitê de credores, pelo qual o devedor negocia com alguns de seus credores. Em caso de aprovação por parte destes, o plano é homologado pelo tribunal.¹⁶

A terceira solução negociada, a salvaguarda financeira acelerada, teve origem no caso Thompson-Technicolor, no qual houve conciliação, em que quase se chegou a um acordo sobre um projeto de plano, mas que esbarrou na conduta oportunista de alguns credores, demonstrando a necessidade de uma reestruturação rápida, inspirada no *prepack* americano. Surgiu, então, a ideia de permitir que o devedor entrasse em concurso por período mínimo, o suficiente para aprovar

um acordo com os principais credores, sem abalar a imagem ou o valor da empresa. Neste contexto, os direitos de clientes, fornecedores e trabalhadores não são afetados, apenas os créditos financeiros. Trata-se de um híbrido de conciliação e de salvaguarda, com duração máxima de um mês, mas que pode ser ampliada para, no máximo, dois meses.¹⁷

Uma quarta variante é a salvaguarda acelerada, que tem por fim ampliar a modalidade anterior para as empresas que precisam de reestruturação mais geral de seu passivo, incluindo fornecedores, e não apenas credores financeiros. A duração máxima, sem extensão possível, é de três meses.¹⁸

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A exemplo de outros países, talvez devêssemos ampliar o repertório de soluções negociadas para alcançar também empresários pessoas físicas, bem como pequenas e médias empresas.

A adoção de procedimentos simplificados, com algum hibridismo que lhes empreste flexibilidade, pode aumentar a eficiência de soluções negociadas, desde que haja rigor na verificação das condições e dos prazos. Talvez seja também importante incluir, no projeto de alteração da Lei de Recuperação Judicial, previsões expressas sobre conciliação e mediação. Como foi percebido recentemente, a mediação pode ser particularmente útil em recuperações judiciais de grandes empresas, com muitos credores, que podem ter acesso a plataformas eletrônicas.

16 Pérochon, op. cit., p. 218-220.243) in García-Cruces, José Antonio (org.), op. cit.

17 Pérochon, op. cit., p. 225-231.

18 Pérochon, op. cit., p. 231-232.

A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Neste artigo, o ministro Paulo de Tarso Sanseverino analisa a configuração do princípio da função social da empresa no âmbito da recuperação judicial, ressaltando a importância de se ter uma visão de sociedade empresarial que não seja puramente econômica, mas também institucional. Examina ainda a utilização desse princípio pela jurisprudência dos tribunais superiores, principalmente o Superior Tribunal de Justiça.

PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Doutor e mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Atualmente, é ministro do Superior Tribunal de Justiça e professor de direito civil. Também é autor dos livros *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*, *Contratos Nominados II* e *Princípio da reparação integral – Indenização no Código Civil*, além de ter diversos artigos publicados em revistas jurídicas.

O tema proposto é a análise do princípio de função social da empresa na recuperação judicial na perspectiva da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). A compreensão deste princípio no direito brasileiro exige a sua contextualização, em face dos demais princípios reitores de nosso sistema de direito privado: a autonomia privada, a boa-fé objetiva, a função social do contrato, a função social da propriedade e o dirigismo estatal.

O princípio da autonomia privada – mais conhecido como princípio da autonomia da vontade –, constitui a pedra angular do sistema de direito privado, consubstanciando a ideia de liberdade contratual e representando o poder assegurado pela ordem jurídica, a cada pessoa, de dispor acerca de seus interesses, negócios e bens. Apesar de ser o mais importante, este princípio não é absoluto, sendo restringido pelos demais princípios fundamentais do direito privado, especialmente os da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, Constituição Federal), da função social do contrato (art. nº 421, Código Civil) e da boa-fé objetiva (art. nº 422, Código Civil).

O Código Civil, em seu art. nº 421, contém a parte geral dos contratos, enfatizando a importância da liberdade contratual, mas estabelecendo, imediatamente, uma restrição, ao estatuir que será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. A função social do contrato, consubstancian-

do a ideia de solidariedade social, relativiza a liberdade contratual, estabelecendo que o contrato, além de instrumento para consecução dos interesses individuais das partes contratantes, deve garantir trocas justas e úteis, que atendam também ao bem comum. Essa noção de bem comum, que é a pedra de toque para compreensão tanto da função social da propriedade, como da do contrato, foi magnificamente sintetizada pelo professor Miguel Reale como o “bem social ideal”, que consiste em servir o coletivo respeitando a personalidade de cada um.

Na sequência, o legislador brasileiro, no art. nº 422 do Código Civil, preocupou-se com o aspecto ético das relações contratuais, positivando o princípio da boa-fé objetiva, como um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, impondo, concretamente, a todo o cidadão, que, na sua vida de relação, atue com honestidade, lealdade e probidade. Não deve ser confundida com a boa-fé subjetiva (*Guten Glauben*), que é o estado de consciência, ou a crença do sujeito, de estar agindo em conformidade com as normas do ordenamento jurídico como, por exemplo, posse de boa-fé, adquirente de boa-fé e cônjuge de boa-fé no casamento nulo.

O princípio da boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*) foi consagrado pelo Código Civil Alemão (BGB), estatuiu simplesmente, em seu § 242, que “o devedor deve cumprir a prestação tal como exige a boa-fé e os costu-

mes do tráfego sócia”.¹ A partir dessa cláusula geral, a doutrina alemã esculpiu o princípio em seu sistema de direito privado. A boa-fé exerce múltiplas funções na relação obrigacional, desde a fase anterior à formação do vínculo (fase pré-contratual), passando pela sua execução, até a fase posterior ao adimplemento da obrigação (fase pós-contratual), podendo ser vislumbradas em três grandes perspectivas, que foram devidamente positivadas pelo Código Civil de 2002: (a) diretriz para interpretação dos negócios jurídicos (função interpretativa – art. n° 113); (b) criação de novos deveres na relação obrigacional (função integrativa – art. n° 422); (c) limitação dos direitos subjetivos (função de controle – art. n° 187).

Outro princípio que não pode ser olvidado é o dirigismo estatal, que corresponde aos limites estabelecidos pela ordem pública nas relações de direito privado, que aparece tanto no Código Civil (art. n° 2035), como no Código de Defesa do Consumidor, tutelando a vulnerabilidade do consumidor com normas cogentes.

A colocação desse elenco de normas principiológicas no pórtico de abertura da parte geral dos contratos não foi casual, tendo clara influência do filósofo do direito Miguel Reale, que, em vários momentos de sua monumental obra jurídica e filosófica, deixou expressa

“ O princípio da autonomia privada, mais conhecido por princípio da autonomia da vontade, constitui a pedra angular do sistema de direito privado, consubstanciando a ideia de liberdade contratual e representando o poder assegurado pela ordem jurídica, a cada pessoa, de dispor acerca de seus interesses, negócios e bens. ”

¹ “§ 242. (Leistung nach Treu und Glauben) Der Schuldner ist verpflichtet die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.”

a preocupação com as diretrizes da socialidade e da eticidade. Nesse contexto, insere-se o princípio da função social da empresa no sistema de direito privado.

O objeto do presente trabalho consiste na análise da configuração do princípio da função social da empresa em nosso sistema de direito privado, bem como a sua utilização pela jurisprudência do STJ na recuperação judicial. A exposição será dividida em duas partes, sendo a primeira dedicada à configuração do princípio da função social da empresa, e a segunda à concreção deste princípio pela jurisprudência dos tribunais superiores.

CONFIGURAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

O exame da configuração do princípio da função social da empresa em nosso sistema de direito privado exige a sua contextualização, especialmente em face da função social da propriedade e da função social do contrato.

Funcionalização dos direitos subjetivos

A preocupação dos juristas com a funcionalização dos direitos subjetivos passa a ocorrer na passagem do Estado Liberal (século XIX) para o Estado Social (século XX). Deve-se lembrar de um célebre conceito oitocentista de direito subjetivo, formulado pelo jurista alemão Friedrich Carl von Savigny, de que “o poder da vontade seria como expressão da liberdade humana”.

Desde o final do século XIX, essa concepção individualista passa a ser duramente criticada, buscando-se a funcionalização do

conceito de direito subjetivo, com o estabelecimento de limites internos (teoria interna) ou externos (teoria externa).² Essa preocupação teórica é transposta para a prática jurídica, passando a ser positivada em vários ordenamentos jurídicos, com destaque para a Constituição de Weimar (1919), ao estatuir que “a propriedade obriga”. No Brasil, a Constituição de 1934 relaciona, com primazia, o direito de propriedade ao interesse social, competindo à Constituição de 1967 mencionar pela primeira vez o princípio da função social da propriedade em sede constitucional.

Função social da propriedade

A Constituição Federal de 1988, após arrolar a função social da propriedade no elenco de direitos fundamentais (art. 5º, XXIII – “a propriedade atenderá a sua função social”), como um dos princípios reitores da ordem econômica e social (art. n.º 170, III), procurou delinear o seu conteúdo.³ Ao versar especificamente acerca da propriedade urbana (art. n.º 182), estabeleceu a necessidade de respeito às exigências de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor, fixando sanções.⁴

2 Martins-Costa, Judith, 2005, p. 48.

3 Silva, Luís Renato Ferreira, 2003.

4 Art. n.º 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. § 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Ao regular a propriedade rural (art. nº 186), estatuiu a necessidade de que seja produtiva, também fixando sanções para o seu descumprimento (imposto, usucapião, desapropriação).⁵ Assim, os contornos do princípio da função social da propriedade estão razoavelmente delineados, sob diferentes perspectivas, na própria Constituição Federal.

O mesmo não ocorreu com a função social do contrato, cuja responsabilidade pela fixação do conteúdo foi transferida à doutrina e jurisprudência.

Função social do contrato

O princípio da função social do contrato recebeu um especial destaque do legislador do Código Civil de 2002, abrindo o capítulo do direito contratual, com a estatuição, em seu art. nº 421, de que a liberdade de contratar será exercida em razão, e nos limites, da função social do contrato, sem esclarecer o seu conteúdo, deixando essa tarefa à doutrina e jurisprudência. Note-se que, em relação ao princípio da boa-fé objetiva, cujo grau de abstração assemelha-se ao da função social do contrato, o legislador delineou as suas três funções, mediante a edição de três diferentes enunciados normativos: função interpretativa (art. nº 113); função integrativa (art. nº 422) e função de controle (art. nº 187).

O jurista Miguel Reale esclarece que a função social do contrato, consubstanciando a ideia de solidariedade social, estabelece uma diretriz de socialidade a ser seguida pelos

contratantes em suas relações negociais. A função social, ao relativizar a liberdade contratual, indica que o contrato, além de instrumento para consecução dos interesses individuais das partes contratantes, deve garantir trocas justas e úteis, que atendam também ao bem comum.

A noção de bem comum é a pedra de toque para compreensão tanto da função social da propriedade, como do contrato, ou até da própria empresa, tendo sido magnificamente sintetizada por Miguel Reale como o “bem social ideal”, que consiste em servir o coletivo, respeitando-se a personalidade de cada um. O advogado e professor Gustavo Tepedino observa que a função social do contrato deve ser compreendida como um princípio que impõe às partes contratantes o dever de perseguir, juntamente com os seus interesses contratuais, os extracontratuais socialmente relevantes, relacionados com o contrato ou por ele atingidos.⁶

Identifica-se, na doutrina, a atuação da função social do contrato como cláusula geral restritiva e também regulativa. Como cláusula geral restritiva, erupciona por meio de institutos como o abuso de direito (art. nº 187, do Código Civil) ou as cláusulas abusivas (art. nº 424, do Código Civil, e art. nº 51, do Código de Defesa do Consumidor). Como cláusula geral regulativa, serve como fundamento para a preservação do equilíbrio contratual (revisão), ou até para a ampliação da eficácia relativa dos contratos.

5 Art. nº 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

6 Tepedino, Gustavo, 2008, p. 399.



Função social da empresa

A função social da empresa tem íntima relação com o princípio da função social da propriedade sobre os bens de produção, sendo que “a nota dominante é da prevalência dos valores e interesses comunitários sobre os individuais”.⁷ Supera-se a visão meramente econômica de sociedade empresária para uma visão institucional, abarcando os interesses dos sócios minoritários, dos trabalhadores, dos consumidores e da comunidade em geral em que a empresa está inserida. Identifica-se, assim, um interesse social mais amplo, envolvendo todas as pessoas que dependam da empresa ou que com ela dividam o seu espaço social.⁸ Desloca-se, portanto, a preocupação apenas com a propriedade dos bens de produção ou da titularidade da participação societária para o próprio poder de organização e controle da sociedade empresária.

O professor Calixto Salomão Filho anota que a função social é o princípio norteador da regulamentação externa dos interesses envolvidos pela grande empresa sobre o meio em que atua, com o reconhecimento da necessidade de impor obrigações positivas.⁹ O jurista Fábio Konder Comparato afirma, de forma incisiva, que “a atividade empresarial deve ser exercida pelo empresário nas sociedades mercantis não no interesse próprio, mas no interesse social”, tratando-se, portanto, “de um poder-dever a meio caminho entre o *jus* e o *munus*”.¹⁰

Nessa linha, ocorreu, no Brasil, a positivação do princípio da função social da empresa, por meio da lei nº 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas – S/A), que, no art. nº 116, § único, ao fixar os deveres do acionista controlador, não apenas faz expressa menção à necessidade de zelar pelo cumprimento da

7 Martins-Costa, Judith, 2005, p. 51.

8 Frazão, Ana, 2011, p. 102.

9 Salomão Filho, Calixto, 2002.

10 Comparato, Fábio Konder, 1983.

função social, como delineia o seu conteúdo nos seguintes termos:

*“O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e **cumprir sua função social**, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.”¹¹*

Em seu art. nº 154, ao estatuir os deveres e diligências dos administradores das sociedades anônimas, inclui-se a obrigação de zelar pelo bem público e pela função social da empresa.¹² Atribuiu-se, assim, aos controladores e administradores de uma sociedade anônima a responsabilidade pelo cumprimento da função social da respectiva empresa. Proíbe-se, por exemplo, na Lei das Sociedades Anônimas, a liquidação de uma companhia próspera (art. nº 117, § único, letra “b”), enfatizando a importância da preservação da empresa.

Na jurisprudência do STJ, diversos precedentes orientam-se nessa linha de preservação da empresa em situação de crise interna por divergência entre os sócios ou seus sucessores em nome do interesse coletivo. Em caso da morte de um dos sócios em uma sociedade formada por apenas duas pessoas, decidiu-se

pela sua dissolução parcial (Recurso Especial nº 138.428/RJ).¹³ A mesma solução foi dada a um caso em que apenas um dos sócios desejava a sua continuidade, decidindo-se pela dissolução parcial da sociedade, com a preservação da empresa em nome do interesse coletivo (Recurso Especial nº 61.278/RJ).¹⁴ Igualmente, em um caso de dissolução de uma sociedade anônima de capital fechada voltada ao desenvolvimento de projetos florestais, afirmou-se não ser:

“plausível a dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado sem antes aferir cada uma e todas as razões que militam em prol da preservação da empresa e da cessação de sua função social, tendo em vista que os interesses sociais não que prevalecer sobre os de natureza pessoal de alguns dos acionistas.”¹⁵

A jurisprudência recente do STJ segue nessa mesma linha de preservação da empresa em situação de crise política ou econômica, tanto na Seção de Direito Público, como na Seção de Direito Privado. Um exemplo foi uma decisão no sentido da dissolução parcial de uma sociedade anônima de capital fechada, pois restou configurada no caso:

“a possibilidade de dissolução parcial diante da viabilidade da continuação dos negócios da companhia, em contrapartida ao direito dos sócios de se retirarem dela sob o fundamento que eles não podem ser penalizados com a imobilização de seu capital por longo período sem obter nenhum retorno financeiro. Aplicação do princípio da preservação da empresa, previsto

11 Art. nº 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

12 Art. nº 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfazidas as exigências do bem público e da função social da empresa.

13 Ver citação referente ao REsp nº 138.428/RJ na página 64.

14 Ver citação referente ao REsp nº 61.278/SP na página 64.

15 Ver citação referente ao REsp nº 247.002/RJ na página 64.

*implicitamente na Lei nº 6.404/76 ao adotar em seus arts. 116 e 117 a ideia da prevalência da função social e comunitária da companhia, caracterizando como abuso de poder do controlador a liquidação de companhia próspera.*¹⁶

A jurisprudência igualmente tem-se orientado no sentido de limitar a penhora do faturamento de empresa para viabilizar a sua preservação.¹⁷

Enfim, os contornos do princípio da função social da empresa foram bem delineados pela doutrina e jurisprudência, especialmente a partir de sua positivação pela Lei das Sociedades Anônimas (lei nº 6.404/1976).

CONCREÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL PELA JURISPRUDÊNCIA

A concreção do princípio da função social da empresa, que tem sido aplicado com frequência pelos tribunais superiores para solver relevantes questões relativas à recuperação judicial, será analisada na perspectiva de três institutos previstos na Lei de Recuperação Judicial:

- Alienação de ativos na recuperação judicial;
- Poder dos credores na recuperação judicial;
- *Cram-down*.

Alienação de ativos na recuperação judicial

A formação de uma “unidade produtiva isolada” (UPI) foi expressamente regulada pela Lei de Recuperação Judicial e Falência (LRF), em seu art. nº 60, permitindo que uma parte ou um bloco de bens (tangíveis e intangíveis) e da atividade da empresa recuperanda possa ser transferida a terceiro de forma autônoma para prosseguimento de suas atividades, como por exemplo no caso Varig.¹⁸

O primeiro aspecto relevante é a ausência de sucessão no passivo fiscal, tendo a LRF, em seu art. nº 60, parágrafo único, expressamente a afastado.¹⁹ A constitucionalidade do instituto foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 2009, no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 3934-2/DF), de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, em que se discutia a validade de diversos dispositivos da lei nº 11.101/2005, tendo como um dos principais fundamentos a função social da empresa. A ação foi julgada improcedente, reconhecendo-se a constitucionalidade das regras acerca da venda parcial de ativos da empresa em recuperação, afastando a sucessão trabalhista (art. nº 60, § único, e art. nº 83, I e IV, letra c, e art. nº 141, II, da lei nº 11.101/2005).²⁰

18 Art. nº 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei.

19 Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 10 do art. 141 desta Lei.

20 “Ação Direta de Inconstitucionalidade. Artigos 60, parágrafo único, 83, I e IV, c, e 141, II, da lei 11.101/2005. Falência e recuperação judicial. Inexistência de ofensa aos artigos 1º, III e IV, 6º, 7º, i, e 170, da Constituição Federal de 1988. ADI julgada improcedente. I - Inexiste reserva constitucional de lei complementar para a execução dos créditos trabalhistas decorrente de falência ou recuperação judicial. II - Não há, também, inconstitucionalidade quanto à ausência de sucessão de créditos trabalhistas. III - Igualmente não existe ofensa à Constituição no tocante ao limite de conversão de créditos trabalhistas em quirografários. IV - Diploma legal que objetiva prestigiar a função social da empresa e assegurar, tanto quanto possível, a preservação dos postos de trabalho. V - Ação direta julgada improcedente.” (ADI nº 3934, relator ministro

16 Ver citação referente ao REsp nº 1.321.263/PR na página 65.

17 Ver citação referente ao REsp nº 1.659.692/RS na página 66.

Além do afastamento por essa disposição da LRF (art. n° 60, § único) da sucessão no passivo tributário, o próprio Código Tributário Nacional (art. n° 133) estabeleceu a ausência de sucessão na alienação de filial ou de UPI na recuperação judicial. A lei n° 11.101/2005 silenciou em relação ao passivo trabalhista, ensejando polêmica doutrinária e jurisprudencial acerca da questão, em face do disposto nos arts. n° 10²¹ e 448²² da própria Consolidação das Leis do Trabalho. A controvérsia também restou solucionada por decisão anteriormente aludida do Supremo Tribunal Federal, tendo por fundamento central a preservação da função social da empresa.

Poder dos credores na recuperação judicial

A LRF, em seu art. n° 35, I, conferiu à assembleia geral de credores um amplo poder de disposição acerca do plano de recuperação apresentado pela empresa recuperanda, podendo aprovar, rejeitar ou modificar o plano. A aprovação do plano exige o quórum especial nas diferentes classes de credores, enquanto as modificações pela assembleia geral exigem a concordância expressa do devedor, não podendo implicar diminuição de direitos exclusivamente dos credores ausentes (§ 3° do art. n° 56). Discute-se, especialmente, se o poder dos credores seria absoluto ou se poderia ser objeto de controle pelo juiz para preservar outros interesses em jogo (coletividade, trabalhadores, fisco), além das finalida-

des previstas no art. n° 47 da própria LRF. Com efeito, ocorrem frequentemente conflitos de interesses não apenas com a devedora, mas entre os próprios credores, exigindo a intervenção do Poder Judiciário.

A extensão do poder de controle do juiz na recuperação judicial, especialmente na análise do plano aprovado pelos credores, é objeto de acesa controvérsia na doutrina, podendo ser identificadas três correntes acerca da questão: controle mínimo; controle restrito à legalidade das deliberações; controle amplo do próprio mérito do plano.

Controle mínimo

O papel do juiz seria meramente homologatório a respeito das deliberações da assembleia de credores, que é soberana para apreciação do plano de recuperação apresentado pela devedora. Como os credores são os maiores interessados no plano de recuperação, a sua deliberação não poderia ser modificada pelo juiz. Essa orientação é minoritária, sendo reconhecida a possibilidade de o juiz apreciar pelo menos a legalidade das deliberações.

Controle restrito à legalidade das deliberações

A segunda corrente entende que o juiz exerce um controle restrito à verificação da legalidade dos atos praticados na assembleia de credores, nos termos do art. n° 58 da LRF.²³ Nessa linha, a orientação predominante na jurisprudência do STJ tem sido

Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2009, DJe-208. Divulgado em 5/11/2009, publicado em 6/11/2009, ementa volume 02381-02, pp 00374, RTJ volume 00216, pp 00227).

21 Art. n° 10 - Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

22 Art. n° 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

23 Art. n° 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do art. n° 45 desta Lei.

no sentido de que “a assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial”, estando, “contudo, as deliberações desse plano sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial.”²⁴ No mesmo sentido, a afirmação de que “as decisões da assembleia de credores representam o veredito final a respeito dos destinos do plano de recuperação”, sendo que “ao Judiciário é possível, sem adentrar a análise da viabilidade econômica, promover o controle de legalidade dos atos do plano sem que isso signifique restringir a soberania da assembleia geral de credores”.²⁵ Portanto, embora restrito, o juiz pode exercer um controle acerca da legalidade dos atos praticados na assembleia de credores, especialmente quando examina o plano apresentado pela recuperanda.

Controle efetivo acerca do mérito do plano

Uma terceira corrente entende que o controle do juiz é amplo, pois o interesse na recuperação judicial da empresa em dificuldades não é restrito aos credores, conforme expresso no próprio art. nº 47 da LRF.

Sustentam alguns autores que o próprio legislador, ao estabelecer os fins da recuperação, não se limitou a tutelar os interesses dos credores, mas também o cumprimento da sua função social, buscando a preservação da própria empresa (fonte produtora) e a garantia dos empregos. Afirmam, por isso, que o juiz não pode ter um papel apenas passivo diante da relevância dos interesses en-

volvidos na recuperação judicial, tendo poder para modificar algumas dessas decisões. Poderá apreciar, por exemplo, a consistência econômica do plano, especialmente em face da comunidade em que se encontra inserida a empresa em recuperação. Essa corrente não encontrou respaldo na jurisprudência, embora, no exame da legalidade, se faça um controle minucioso das deliberações da assembleia de credores.

Na jurisprudência do STJ, constam dois precedentes que analisam o controle judicial sobre o plano aprovado, na perspectiva dos princípios reitores do microssistema da recuperação judicial, incluindo a função social da empresa. No primeiro deles, discutia-se a possibilidade de modificação do plano originalmente proposto, após o biênio de supervisão judicial (art. nº 61 da LRF), sem que houvesse o encerramento da recuperação judicial da empresa recuperanda. A conclusão foi no sentido de que “ainda que transcorrido o prazo de até dois anos de supervisão judicial, não houve, como ato subsequente, o encerramento da recuperação, e, por isso, os efeitos da recuperação judicial ainda perduram, mantendo assim a vinculação de todos os credores à deliberação da Assembleia.”²⁶

No segundo precedente, a polêmica centrou-se na legalidade da supressão das garantias reais e fidejussórias deliberadas no plano de recuperação judicial, que contará com a aprovação dos credores presentes na assembleia, devidamente representados pelas respectivas classes. O acórdão recorrido restringiu a validade da supressão das garantias reais e fidejussórias aos credores que votaram favoravelmente. O recurso especial foi provido em face do tratamento diferenciado em relação aos credores da mesma classe, em

24 Ver citação referente ao REsp nº 1.314.209/SP na página 67.

25 Ver citação referente ao REsp nº 1.513.260/SP na página 67.

26 Ver citação referente ao REsp nº 1.302.735/SP na página 68.

manifesta contrariedade à deliberação majoritária, além de ferir a isonomia entre eles.²⁷

Analisando-se com cuidado esses dois precedentes aludidos do STJ, o fundamento último é o princípio da função social da empresa, pois é clara a superação do interesse individual de alguns credores em favor do interesse social mais amplo, abarcando todas as pessoas que dependam da empresa que se pretende preservar (conjunto de credores; sócios minoritários; trabalhadores; consumidores; meio social em que está inserida).

bem o cuidado especial que se exige do juízo recuperacional, com a possibilidade de ocorrência de abuso de direito (art. nº 187, Código Civil) consistente no desvio de finalidade praticado por alguns credores na assembleia, rejeitando um plano apenas para atender a seus interesses individuais, olvidando os interesses coletivos e o bem comum envolvidos na recuperação de uma empresa em dificuldades circunstanciais (função social da empresa).

CONCLUSÃO

Cram-Down

O instituto do *cram-down*, positivado pela LRF, constitui uma das mais importantes concreções do princípio da preservação da empresa, permitindo o cumprimento de sua função social. A LRF consagrou, em seu art. nº 58, § 1º, o instituto do *cram-down* como hipótese especial, conferindo poderes ao juiz, respeitados determinados requisitos legais, para aprovar um plano rejeitado pela assembleia de credores.²⁸

O instituto do *cram-down* já foi apreciado pela jurisprudência do STJ em mais de uma oportunidade, prestigiando-se a sua utilização concreta com base no princípio da função social da empresa.²⁹ Esse instituto ilustra

O princípio da função social da empresa tem servido de fundamento para formação de diversos importantes precedentes dos tribunais superiores (STF e STJ) relativos à recuperação judicial. Supera-se, assim, a perspectiva meramente econômica de sociedade empresária em prol de uma visão institucional, identificando-se um interesse social mais amplo, que abarca todas as pessoas que dependam da empresa ou que com ela dividam o seu espaço social (sócios minoritários, trabalhadores, credores, consumidores e comunidade em geral em que ela está inserida). Constitui, assim, a função social da empresa o principal vetor a ser seguido na recuperação de empresas em dificuldades.

27 Ver citação referente ao REsp nº 1.532.943/MT na página 69.

28 Art. nº 58, § 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembleia, tenha obtido, de forma cumulativa: I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes; II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas; III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei. § 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

29 Ver citação referente ao AgRg no REsp nº 1.310.075/AL na página 70 e ao REsp nº 1.587.559/PR na página 71.

RECURSOS ESPECIAIS (REsp) DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**REsp nº 138.428/RJ**

“Sociedade Comercial. Dissolução. Morte do sócio. Embora constituída por apenas dois sócios, e havendo divergência entre o sócio remanescente e os herdeiros do pré-morto, não cabe a extinção da sociedade, mas apenas a sua “dissolução parcial”, com apuração dos haveres devidos ao espólio através de balanço especial. Recurso conhecido em parte e parcialmente provido.”

(Relator ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 18/12/1997, DJ 30/03/1998, p. 74).

REsp nº 61.278/SP

“Comercial. Sociedade por quota. Morte de um dos sócios. Herdeiros pretendendo a dissolução parcial. Dissolução total requerida pela maioria social. Continuidade da empresa. Se um dos sócios de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada pretende dar-lhe continuidade, como na hipótese, mesmo contra a vontade da maioria, que busca a sua dissolução total, deve-se prestigiar o princípio da preservação da empresa, acolhendo-se o pedido de sua desconstituição apenas parcial, formulado por aquele, pois a sua continuidade ajusta-se ao interesse coletivo, por importar em geração de empregos, em pagamento de impostos, em promoção do desenvolvimento das comunidades em que se integra, e em outros benefícios gerais. Recurso conhecido e provido.”

(Relator ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 25/11/1997, DJ 06/04/1998, p. 121).

REsp nº 247.002/RJ

“Comercial. Dissolução de sociedade anônima de capital fechado. Art. nº 206 da lei nº 6.404/1976. Não distribuição de dividendos por razoável lapso de tempo. Sociedade constituída para desenvolvimento de projetos florestais. Plantio de árvores de longo prazo de maturação. Empresa cuja atividade não produz lucros a curto prazo. Inexistência de impossibilidade jurídica. Necessidade, contudo, de exame do caso em concreto. Insubsistência do argumento de reduzida composição do quadro social, se ausente vínculo de natureza pessoal e nem se tratar de grupo familiar.

- Não há impossibilidade jurídica no pedido de dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado, que pode ser analisado sob a ótica do art. nº 335, item 5, do Código Comercial, desde que diante de peculiaridades do caso concreto.

- A *affectio societatis* decorre do sentimento de empreendimento comum que reúne os sócios em torno do objeto social, e não como consequência lógica do restrito quadro social, característica peculiar da maioria das sociedades anônimas de capital fechado.

- Não é plausível a dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado sem antes aferir cada uma e todas as razões que militam em prol da preservação da empresa e da cessação de sua função social, tendo em vista que os interesses sociais não que prevalecer sobre os de natureza pessoal de alguns dos acionistas.”

(Relatora ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 04/12/2001, DJ 25/03/2002, p. 272).

REsp nº 1.321.263/PR

“Civil. Recurso Especial. Ação condenatória. Dissolução parcial de sociedade anônima com apuração de haveres. (1) Recurso manejado sob a égide do CPC/1973. (2) Dissolução parcial de sociedade anônima. Possibilidade. inexistência de lucros e não distribuição de dividendos há vários anos. (3) Princípio da preservação da empresa. Aplicabilidade. (4) Cerceamento de defesa. Falta de instrução probatória. Súmula nº 83 do STJ. (5) Ausência de manifestação sobre documento novo. Súmula nº 83 do STJ. (6) Ocorrência de coisa julgada quanto ao percentual de juro de mora. Súmula nº 83 do STJ. (7) Nulidade de citação por edital de empresa estrangeira não configurada. Dever de manter representante com poderes para receber citação no país. Inteligência do art. nº 119 da lei nº 6.406/1976. (8) Juros de mora. Term a quo. prazo nonagesimal para pagamento. Procedência na extensão do pedido para evitar julgamento *ultra petita*. (9) Recurso especial parcialmente provido.

1. Inaplicabilidade do CPC/2015 ao caso ante os termos do Enunciado nº 2 aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

2. A impossibilidade de preenchimento do fim da sociedade anônima caracteriza-se nos casos em que a companhia apresenta prejuízos constantes e não distribui dividendos, possibilitando aos acionistas detentores de 5% ou mais do capital social o pedido de dissolução, com fundamento no art. nº 206, II, b da lei nº 6.404/1976. Hipótese em que no período de 12 (doze) anos a companhia somente gerou lucros em três exercícios e só distribuiu os dividendos em um deles.

3. Caso em que configurada a possibilidade de dissolução parcial diante da viabilidade da continuação dos negócios da companhia, em contrapartida ao direito dos sócios de se retirarem dela sob o fundamento que eles não podem ser penalizados com a

RECURSOS ESPECIAIS (REsp) DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imobilização de seu capital por longo período sem obter nenhum retorno financeiro. Aplicação do princípio da preservação da empresa, previsto implicitamente na lei nº 6.404/1976 ao adotar em seus arts. nº 116 e 117 a ideia da prevalência da função social e comunitária da companhia, caracterizando como abuso de poder do controlador a liquidação de companhia próspera.

4. Afasta-se a tese de cerceamento de defesa porque cabe ao magistrado verificar a existência de provas suficientes para o julgamento da causa, conforme o princípio do livre convencimento motivado ou da livre persuasão racional.

5. Não há falar em prejuízo em virtude da ausência de manifestação da parte contrária acerca de documento novo, uma vez que o magistrado o considerou irrelevante para o deslinde da causa. Aplicação da Súmula nº 83 do STJ.

6. A Corte estadual decidiu de acordo com entendimento do STJ, no sentido de inexistir ofensa à coisa julgada a alteração do percentual dos juros de mora, de 0,5% para 1% ao mês, a partir da vigência do Código Civil de 2002.

7. O acionista que deveria ser citado no país e que aqui não tem representante ou não constituiu mandatário não pode ser beneficiado por sua omissão, validando-se sua citação por edital. Inteligência do art. nº 119 da lei nº 6.404/1976.

8. Nos casos de dissolução parcial de sociedade anônima os juros moratórios são devidos a partir do vencimento do prazo nonagesimal, após a sentença de liquidação de haveres, conforme regra prevista no art. nº 1.031, § 2º, do CC/2002, aplicável por analogia. Caso de se dar parcial provimento ao recurso especial para fixar o termo a quo dos juros de mora a partir do trânsito em julgado da decisão que determinar o pagamento dos haveres, conforme requerido pelos recorrentes, a fim de evitar julgamento *ultra petita*.

9. Recurso especial parcialmente provido.”

(Relator ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 06/12/2016, DJe 15/12/2016).

REsp nº 1.659.692/RS

“Processual civil. Execução fiscal. Penhora sobre o faturamento da empresa. Situações excepcionais. Matéria fática. Incidência da Súmula nº 7/STJ. 1. A jurisprudência do STJ é assente quanto à possibilidade de a penhora recair, em caráter excepcional, sobre o faturamento da empresa, desde que observadas, cumulativamente, as condições previstas na legislação processual (art. nº 655-A, § 3º, do CPC) e que o percentual fixado não torne inviável o exercício da atividade empresarial. 2. A ausência de imposição de limite legal no dispositivo que permite a penhora do faturamento da empresa executada não pode conduzir à conclusão de que se deva penhorar a integralidade dos numerários de que dispõe, pois figura também como interesse público o livre

exercício da atividade econômica no território brasileiro, de onde advém a geração de empregos, receita e riqueza, em nada interessando, nem mesmo ao Fisco, o fechamento das empresas, ainda que para adimplir o Erário. 3. O Tribunal de origem, soberano na apreciação das circunstâncias fáticas, deferiu a penhora limitando-a à fração de 5% dos valores depositados na conta-corrente da empresa executada, com vistas à função social da empresa e à continuidade de suas atividades, levando em consideração sua precária situação financeira. 4. Destaca-se que a penhora sobre o faturamento só garante plenamente o juízo quando a soma do valor penhorado corresponder ao valor total devido. 5. Nesse contexto, para rediscutir as premissas fáticas firmadas pela Corte de origem, faz-se necessário o reexame dos elementos probatórios da lide, tarefa essa soberana às instâncias ordinárias, o que impede nova análise via especial, ante o óbice da Súmula 7. 6. Recurso Especial não provido.”

(Relator ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25/04/2017, DJe 30/06/2017).

REsp nº 1.314.209/SP

“Recurso Especial. Recuperação Judicial. Aprovação de plano pela assembleia de credores. Ingerência judicial. Impossibilidade. Controle de legalidade das disposições do plano. Possibilidade. Recurso improvido. 1. A assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial. 2. Recurso especial conhecido e não provido.”

(Relatora ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 22/05/2012, DJe 01/06/2012).

REsp nº 1.513.260/SP

“Recurso Especial. Interposição sob a égide do CPC/1973. Recuperação Judicial. Improcedência da alegação de negativa de prestação jurisdicional. Edital de intimação. Irregularidade formal. Inexistência. Intimação de advogado. Desnecessidade. Credor fiduciário. Renúncia. Plano de recuperação. Reconhecimento da viabilidade econômica. 1. Não procede a arguição de ofensa aos arts. nº 131 e 535, II, do CPC quando o Tribunal a quo se pronuncia, de forma motivada e suficiente, sobre os pontos relevantes e necessários ao deslinde da controvérsia. 2. Somente se pronuncia a nulidade do ato com a demonstração de efetivo prejuízo, o que não ocorre quando descumprido o prazo exigido para a realização de primeira convocação nem sequer instalada. 3. As deliberações a serem tomadas pela assembleia de credores restringem-se a decisões nas esferas negocial e patrimonial, envolvendo, pois, os destinos da empresa em

RECURSOS ESPECIAIS (REsp) DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recuperação. Inexiste ato judicial específico que exija a participação do advogado de qualquer dos credores, razão pela qual é desnecessário constar da edital intimação dirigida aos advogados constituídos. 4. É possível ao credor fiduciário renunciar aos efeitos privilegiados que seu crédito lhe garante por força de legislação específica. Essa renúncia somente diz respeito ao próprio credor renunciante, pois o ato prejudica a garantia a que tem direito, sendo desnecessária a prévia anuência de todos os outros credores quirografários. 5. As decisões da assembleia de credores representam o veredito final a respeito dos destinos do plano de recuperação. Ao Judiciário é possível, sem adentrar a análise da viabilidade econômica, promover o controle de legalidade dos atos do plano sem que isso signifique restringir a soberania da assembleia geral de credores. 6. Não constatada nenhuma ilegalidade evidente, meras alegações voltadas à alteração do entendimento do Tribunal de origem quanto à viabilidade econômica do plano de recuperação da empresa não são suficientes para reformar a homologação deferida. 7. Recurso especial conhecido e desprovido.”

(Relator ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 05/05/2016, DJe 10/05/2016).

REsp nº 1.302.735/SP

“Recurso Especial. Recuperação judicial. Modificação do plano de recuperação após o biênio de supervisão judicial. Possibilidade, desde que não tenha ocorrido o encerramento daquela. Princípio da preservação da empresa. Alteração submetida à assembleia geral de credores. Soberania do órgão. Devedor dissidente que deve se submeter aos novos ditames do plano. Princípios da relevância dos interesses dos credores e da par conditio creditorum. 1. O legislador brasileiro, ao elaborar o diploma recuperacional, traçou alguns princípios, de caráter axiológico-programático, com o intuito de manter a solidez das diversas normas que compõem a referida legislação. Dentre todos, destacam-se os princípios da relevância dos interesses dos credores; par conditio creditorum; e da preservação da empresa, os quais são encontrados no art. nº 47, da lei nº 11.101/2005. 2. Essa base principiológica serve de alicerce para a constituição da Assembleia Geral de Credores, a qual possui a atribuição de aprovar ou rejeitar o plano de recuperação judicial, nos moldes apresentados pelo Administrador Judicial da empresa recuperanda. 3. Outrossim, por meio da “Teoria dos Jogos”, percebe-se uma interação estratégica entre o devedor e os credores, capaz de pressupor um consenso mínimo de ambos a respeito dos termos delineados no plano de recuperação judicial. Essas negociações demonstram o abandono de um olhar individualizado de cada crédito e um apego maior à interação coletiva e organizada. 4. Discute-se, na espécie, sobre a modificação do plano originalmente proposto, após o biênio de supervisão judicial – constante do art. 61 da Lei de Falências –, sem que houvesse o encerramento da recuperação judicial da empresa recuperanda. Ainda que transcorrido o prazo de até dois anos de supervisão judicial, não houve, como ato subsequente, o encerramento da

recuperação, e, por isso, os efeitos da recuperação judicial ainda perduram, mantendo assim a vinculação de todos os credores à deliberação da Assembleia. 5. Recurso especial provido.”

(Relator ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/03/2016, DJe 05/04/2016).

REsp nº 1.532.943/MT

“Recurso Especial. Controle judicial de legalidade do plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia geral de credores. Possibilidade, em tese. Previsão de supressão das garantias fidejussórias e reais no plano de recuperação judicial devidamente aprovado pela assembleia geral de credores. Vinculação, por conseguinte, da devedora e de todos os credores, indistintamente. Recurso especial provido. 1. Afigura-se absolutamente possível que o Poder Judiciário, sem imiscuir-se na análise da viabilidade econômica da empresa em crise, promova controle de legalidade do plano de recuperação judicial que, em si, em nada contemporiza a soberania da assembleia geral de credores. A atribuição de cada qual não se confunde. À assembleia geral de credores compete analisar, a um só tempo, a viabilidade econômica da empresa, assim como da consecução da proposta apresentada. Ao Poder Judiciário, por sua vez, incumbe velar pela validade das manifestações expendidas, e, naturalmente, preservar os efeitos legais das normas que se revelarem cogentes. 2. A extinção das obrigações, decorrente da homologação do plano de recuperação judicial encontra-se condicionada ao efetivo cumprimento de seus termos. Não implementada a aludida condição resolutiva, por expressa disposição legal, “os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originariamente contratadas” (art. nº 61, § 2º, da lei nº 11.101/2005). 2.1 Em regra, a despeito da novação operada pela recuperação judicial, preservam-se as garantias, no que alude à possibilidade de seu titular exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impor a manutenção das ações e execuções promovidas contra fiadores, avalistas ou coobrigados em geral, a exceção do sócio com responsabilidade ilimitada e solidária (§ 1º, do art. nº 49 da lei nº 11.101/2005). E, especificamente sobre as garantias reais, estas somente poderão ser supridas ou substituídas, por ocasião de sua alienação, mediante expressa anuência do credor titular de tal garantia, nos termos do § 1º, do art. nº 50, da referida lei. 2.2 Conservadas, em princípio, as condições originariamente contratadas, no que se insere as garantias ajustadas, a lei de regência prevê, expressamente, a possibilidade de o plano de recuperação judicial, sobre elas, dispor de modo diverso (§ 2º, do art. nº 49 da lei nº 11.101/2005). 3. Inadequado, pois, restringir a supressão das garantias reais e fidejussórias, tal como previsto no plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia geral, somente aos credores que tenham votado favoravelmente nesse sentido, conferindo tratamento diferenciado aos demais credores da mesma classe, em manifesta contrariedade à deliberação majoritária. 3.1 Por ocasião da deliberação do plano de recuperação apresentado,

RECURSOS ESPECIAIS (REsp) DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

credores, representados por sua respectiva classe, e devedora procedem às tratativas negociais destinadas a adequar os interesses contrapostos, bem avaliando em que extensão de esforços e renúncias estariam dispostos a suportar, no intento de reduzir os prejuízos que se avizinham (sob a perspectiva dos credores), bem como de permitir a reestruturação da empresa em crise (sob o enfoque da devedora). E, de modo a permitir que os credores ostentem adequada representação, seja para instauração da assembleia geral, seja para a aprovação do plano de recuperação judicial, a lei de regência estabelece, nos arts. nº 37 e 45, o respectivo quorum mínimo. 4. Na hipótese dos autos, a supressão das garantias real e fidejussórias restou estampada expressamente no plano de recuperação judicial, que contou com a aprovação dos credores devidamente representados pelas respectivas classes (providência, portanto, que converge, numa ponderação de valores, com os interesses destes majoritariamente), o que importa, reflexamente, na observância do art. nº 50, § 1º, da lei nº 11.101/2005, e, principalmente, na vinculação de todos os credores, indistintamente. 5. Recurso especial provido.”

(Relator ministro Marco Bellizze, Terceira Turma, julgado em 13/09/2016).

AgRg no REsp nº 1.310.075/AL

“Agravos Regimentais no Recurso Especial. Recuperação Judicial. Discussão devolvida no agravo que se limita à competência e higidez da aprovação do plano de recuperação. 1. A questão relativa à competência para o processo e julgamento da recuperação judicial (art. nº 3 da lei nº 11.101/2005), não dispensaria a análise de contratos sociais e das circunstâncias fático probatórias ligada à configuração de determinado estabelecimento como principal para fins de fixação da competência. Atração do enunciado nº 7/STJ. 2. A existência de alegada fraude na assunção de créditos relativos a sociedades credoras das quais participariam sócios da sociedade em recuperação deverá, consoante reconheceu o acórdão recorrido, ser analisada quando do julgamento das impugnações. Incidência do art. nº 39 da LRE. A declaração de inexistência do crédito não altera as decisões assembleares. 3. Possibilidade de aprovação do plano de recuperação mesmo quando, por pouco, não se alcance o quorum qualificado exigido na lei. Princípio da preservação da empresa. 4. Necessidade de prévio reconhecimento na origem da alegada fraude para, então, partir-se para a análise dos requisitos para aplicação do *cram down*. 5. Agravo regimental desprovido.”

(Relator ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 02/10/2014, DJe 10/10/2014).

REsp nº 1.587.559/PR

“Recurso Especial. Autos de agravo de instrumento dirigido contra a decisão que convolou a recuperação judicial em falência. Obrigatória convocação de nova assembleia de credores quando anulada aquela que aprovara o plano de recuperação judicial. Inexistente qualquer uma das causas taxativas de convolação. 1. No processo recuperacional, são soberanas as decisões da assembleia geral de credores sobre o conteúdo do plano de reestruturação e sobre as objeções/oposições suscitadas, cabendo ao magistrado apenas o controle de legalidade do ato jurídico, o que decorre, principalmente, do interesse público consubstanciado no princípio da preservação da empresa e consecutória manutenção das fontes de produção e de trabalho. 2. Nessa perspectiva, sobressai a obrigatoriedade da convocação de nova assembleia quando decretada a nulidade daquela que aprovara o plano de recuperação e que, consequentemente, implicara a preclusão lógica das objeções suscitadas por alguns credores. 3. No caso concreto, o magistrado, após considerar nula a assembleia geral de credores que aprovara o plano de reestruturação, não procedeu à nova convocação e, de ofício, convolou a recuperação em falência, sem o amparo nas hipóteses taxativas insertas nos incisos I a IV do art. nº 73 da lei nº 11.101/2005, quais sejam: (i) deliberação da assembleia geral de credores sobre a inviabilidade do soerguimento da sociedade empresária; (ii) inércia do devedor em apresentar o plano de reestruturação no prazo de 60 (sessenta) dias contado da decisão deferitória do processamento da recuperação judicial; (iii) rejeição do plano de recuperação pela assembleia geral de credores, ressalvada a hipótese do *cram down* (art. nº 58, §§ 1º e 2º, da lei nº 11.101/2005); e (iv) descumprimento sem justa causa de qualquer obrigação assumida pelo devedor no plano, durante o período de dois anos após a concessão da recuperação judicial. 5. Em vez da convolação da recuperação em falência, cabia ao magistrado submeter, novamente, o plano e o conteúdo das objeções suscitadas por alguns credores à deliberação assemblear, o que poderia ensejar a rejeição do plano ou a ponderação sobre a inviabilidade do soerguimento da atividade empresarial, hipóteses estas autorizadoras da quebra. Ademais, caso constatada a existência de matérias de alta indagação e que reclamem dilação probatória, incumbir-lhe-ia remeter os interessados às vias ordinárias, já que o plano de recuperação fora aprovado sem qualquer impugnação. 6. Recurso especial provido a fim de cassar a decisão de convolação da recuperação judicial em falência e determinar que o magistrado de primeiro grau providencie a convocação de nova assembleia geral de credores, dando-se prosseguimento ao feito, nos termos da lei nº 11.101/2005.”

(Relator ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 06/04/2017, DJe 22/05/2017).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguiar Jr, Ruy Rosado. Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor (Resolução). Rio de Janeiro: Aide, 1991.

Aguiar Jr, Ruy Rosado. Projeto do Código Civil – as Obrigações e os Contratos. *Revista dos Tribunais*, maio de 2000, ano 89, v. 775, pp. 18-31.

Almeida Costa, Mário Júlio; Menezes Cordeiro, Antônio Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1990.

Alpa, Guido; Rapisarda, Cristina. *Il Controllo dei Contratti per Adesione*. *Rivista del Diritto Commerciale*, Ano LXXXVII, 1989, pp. 531-565.

Beraldo, Leonardo de Faria. Função social do contrato: contributo para a construção de um nova teoria. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

Betti, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizione Schientifiche Italiane, 1994.

Branco, Gérson Luiz Carlos. *Função social dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2009.

Comparato, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

Couto e Silva, Clóvis. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: José Bushtsky Editor, 1976.

Couto e Silva, Clóvis. *O Princípio da Boa-Fé e as Condições Gerais dos Negócios*. In: *Simpósio sobre as Condições Gerais dos Contratos Bancários e a Ordem Pública*. Curitiba: Juruá, 1988, pp. 29-41.

Frazão, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil dos controladores e administradores de S/A*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

Gilmore, Grant. *The Death of Contract*. Ohio: Ohio State University Press, 1995.

Larenz, Karl. *Derecho Civil (Parte General)*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

Larenz, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

Larenz, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calousete Gulbenkian, 1983.

Martins-Costa, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

Martins-Costa, Judith. Princípio da boa-fé. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 17, n. 50, p. 207-227, nov. 1990.

Martins-Costa, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 11, pp. 41-66, maio 2005.

Martins-Costa, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

Menezes Cordeiro, Antônio Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984.

Miranda, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomos XXXVIII. Rio de Janeiro: Borsói, 1966.

Noronha, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

Ribeiro, Joaquim de Sousa. *Cláusulas Contratuais Gerais e o Paradigma do Contrato*. Coimbra: Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Separata do volume XXXV. 1990.

Roppo, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

Roppo, Enzo. *Contratti Standard*. Milano: Giuffrè, 1989.

Saellies, Raymond. *De la Déclaration de Volonté (Contribution a l'Étude de l'acte*

juridique dans le Code Civil Allemand). Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1929.

Salomão Filho, Calixto. Sociedade anônima: interesse público e privado. Revista de Direito Mercantil, Porto Alegre, v. 127, p. 7-20, jul.-set. 2002.

Schwab, Dieter. Validade e Controle das Condições Gerais dos Negócios. AJURIS, n. 41, pp. 07-20, nov. 1987.

Silva, Luís Renato Ferreira. Do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Silva, Luís Renato Ferreira. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: O novo Código Civil e a Constituição (org. Sarlet, Ingo). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Slawson, W. David. Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power. Harvard Law Review, v. 84, pp. 529-566.

Stiglitz, Ruben S.; Stiglitz, Gabriel A. Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor. Buenos Aires: Depalma, 1985.

Tepedino, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Will, Michael. Le Condizioni Generali di Contratto secondo la nuova legislazione tedesca: la loro disciplina nei rapporti interni e internazionali. Rivista Del Diritto Commerciale e Del Diritto Generale delle Obbligazioni, 1979, v. 77, pp. 77-100.

A LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL, EXTRAJUDICIAL E FALÊNCIA: DO CASO VARIG ÀS REFLEXÕES CONTEMPORÂNEAS

A Varig foi a primeira grande empresa do Brasil a se beneficiar da Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência, de 2005, tendo aberto o caminho para a aplicação da nova legislação. Neste artigo, Luiz Roberto Ayoub lembra os desafios que envolveram esta fase inicial da lei e o desenvolvimento da sua jurisprudência, destacando os pontos que considera fundamentais para o aperfeiçoamento da legislação. Entre eles, constam a alienação fiduciária e o *deepening insolvency*, conceito que remete à responsabilização devido ao prolongamento, de forma artificial da existência de uma empresa. Luiz Roberto Ayoub também destaca a função do administrador judicial nos processos de recuperação de empresas.

LUIZ ROBERTO AYOUB

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Bacharel em direito pela Universidade Estácio de Sá e mestre em direito processual civil. Foi juiz titular da 5ª Vara de Fazenda Pública da Capital e da 1ª Vara Empersarial da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ). Atualmente, é desembargador do TJ-RJ e professor da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas.

A Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência (lei nº 11.101/2005) foi criada com o objetivo de viabilizar a recuperação de empresas em crise financeira, porém ainda viáveis, que passam por dificuldades momentâneas, a fim de preservar sua capacidade produtiva, os interesses dos credores e os empregos dos funcionários, além de sua função social e motor para a atividade econômica. A recuperação envolve toda a sociedade, já que seus efeitos são sentidos no mercado de trabalho, no recolhimento de impostos e no preço dos produtos ou serviços oferecidos pelas empresas em questão. Como consequência, um dos aspectos fundamentais para o deferimento do processo de recuperação é a viabilidade econômica da empresa, medida de acordo com suas contribuições à sociedade, como o número de empregos oferecidos, a relevância econômica de sua presença no mercado, seu tempo de atividade no ramo e a produção e a circulação de riqueza geradas.

Se antes a negociação entre credor e devedor não era permitida, com a promulgação da lei nº 11.101/2005 sobreveio a possibilidade de solucionar os problemas por meios privados, pela elaboração de um plano de recuperação, seja judicial ou extrajudicialmente. Na ação de recuperação judicial, a empresa permanece sob proteção e monitoramento do Poder Judiciário. O primeiro passo é a elaboração de um plano de recuperação, que é, em seguida, apresentado aos credores. Caso algum credor se oponha ao plano apresentado

pela devedora, é convocada uma assembleia de credores. Nessa ocasião, há a possibilidade de negociação e adaptação do plano aos interesses dos credores. Já a ação de recuperação extrajudicial é uma alternativa ao processo judicializado, constituindo um acordo coletivo entre os credores. Nesse caso, também deverá ser elaborado um plano, sujeito à homologação judicial, caso seja aprovado por 60% dos credores. Se o plano não for homologado, o devedor ainda poderá adequá-lo e apresentá-lo para homologação judicial.

A terceira possibilidade prevista na lei é a falência, que ocorre não apenas quando o plano de recuperação judicial é negado pelos credores, mas quando ele não é apresentado ou cumprido no prazo estabelecido, ou, ainda, no caso da ocorrência de um crime falimentar. É importante ressaltar que a falência não é mal vista entre os economistas: segundo indica o art. nº 75, da referida lei, quando uma empresa não é operacionalmente viável, a falência é a melhor solução jurídica para “preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa”, atendendo “aos princípios da celeridade e da economia processual”. A extinção de algumas empresas é, portanto, necessária à estabilidade do mercado econômico.

Nesse sentido, há três conceitos-chave que envolvem a recuperação: viabilidade, atributo fundamental para que uma empresa seja passível de recuperação; blindagem, deferida

pelo juiz para proteger o patrimônio da empresa até que credores e devedor finalizem as negociações; e nocividade, característica das empresas inviáveis, que devem ter sua falência declarada para o benefício dos *stakeholders* e da economia como um todo. Seguindo essa lógica, sempre que uma empresa for considerada economicamente viável, serão empreendidos os esforços necessários para que ela se recupere, o que não era possível segundo o decreto-lei nº 7.661/1945 (Lei de Falências) – revogado pela Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência. De acordo com o decreto extinto, por mais que fossem economicamente viáveis, as empresas que passavam por momentos de instabilidade financeira poderiam ter sua falência decretada por uma mera impontualidade, algo que atualmente só acontece com empresas efetivamente nocivas à sociedade. Esse aspecto constitui, portanto, um importante avanço na lei.

O CASO VARIG COMO LEADING CASE

Antes de apresentar problemas financeiros, a Viação Aérea Rio-Grandense (Varig), criada em 1927, liderou o setor aeroviário no Brasil por muitas décadas. O primeiro obstáculo enfrentado pela Varig ocorreu em 1986, com o congelamento dos preços das tarifas aéreas por conta do Plano Cruzado, seguido,

nos anos 1990, pela abertura do mercado nacional de aviação em rotas internacionais, o que permitiu a participação de outras grandes empresas. Ao longo da década, uma série de más gestões e a criação ou o crescimento de outras empresas no ramo dos voos domésticos fizeram com que a Varig perdesse uma fatia ainda maior do mercado. Alegando dificuldades financeiras para continuar a exercer suas atividades, a empresa entrou com pedido de recuperação, juntamente com as outras companhias aéreas do grupo, a Rio Sul Linhas Aéreas e a Nordeste Linhas Aéreas. O pedido foi feito em junho de 2005, apenas quatro meses após a criação da Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência.

Apesar de ter acumulado um grande endividamento, a Varig pode ser considerada uma empresa de importante função social, não só por sua capacidade produtiva e por seu papel histórico no setor aeroviário brasileiro, mas porque atendia aos interesses do Estado brasileiro. Um exemplo é o Serviço Humanitário de Transporte de Medicamentos, iniciado nos anos 1980, que trazia para o Brasil medicamentos importados, sem outro similar no país. Por conseguinte, a empresa pôde ser declarada economicamente viável, pois, além do papel estratégico, a empresa possuía créditos devidos ao congelamento das tarifas, conforme supracitado, tendo sido sua recuperação deferida em dezembro de 2005, o que a tornou a primeira grande companhia a ser alcançada pela nova lei. Seu processo foi

o *leading case* que pavimentaria o caminho para as discussões judiciais subsequentes, contribuindo de maneira crucial para a sedimentação da jurisprudência.

Durante o processo de recuperação, a companhia foi dividida e, a marca Varig, alienada. Sua parte estrutural e financeira foi comprada primeiramente pela subsidiária VarigLog e, em seguida, pelo controlador da Gol Transportes Aéreos, resultando em duas empresas, a VRG Linhas Aéreas e a Flex Linhas Aéreas S.A, que ficou com todos os ativos da antiga Varig. Em setembro de 2009, considerando-se cumpridas as obrigações estabelecidas no plano aprovado pelos credores, foi encerrada a recuperação judicial. O acionista controlador, afastado por ingerência administrativa, retomou a companhia, e a 1ª Vara Empresarial continua monitorando a execução do plano de recuperação, que possuía cláusulas que preveem condições estabelecidas para até 20 anos. É fundamental ressaltar que não foi decretada a falência da Varig, pois a lei não estabelece que o juiz faça essa declaração: ela deve ser solicitada por um terceiro, pois a jurisdição é inerte. Assim sendo, a Varig hoje está recuperada, ainda que com outro nome, outra composição e uma estrutura mais reduzida, conforme a tendência de empresas que passam pelo processo de recuperação.

CONTRIBUIÇÕES PARA O FORTALECIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA

Por ter sido o *leading case* dos processos de recuperação judicial no Brasil, o caso Varig contribuiu muito para o conhecimento da amplitude e da eficiência da então recém-criada lei. Dois importantes aspectos

jurisprudenciais que foram debatidos mais intensamente após esse primeiro caso foram a eliminação da sucessão trabalhista e o princípio da colaboração.

Eliminação da sucessão trabalhista

Na alienação de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, a lei nº 11.101/2005 estabelece, no art. nº 141, inciso II, que “o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.” Isso não significa que os trabalhadores perderão os créditos a que têm direito, mas que o comprador não terá responsabilidade pelo pagamento das dívidas anteriores. Ao dissociar qualquer tipo de ônus ou sucessão à alienação de ativos, o art. nº 141 da referida lei indica um claro viés econômico, pois, sem passivos trabalhistas ou fiscais, por exemplo, os ativos apresentam maior atratividade, o que resulta em maior disputa entre os potenciais compradores. Assim sendo, os ativos têm o seu valor elevado, ampliando as chances de recuperação da empresa em questão.

Em linhas gerais, é este o princípio da recuperação: potencializar as chances de salvar o agente econômico. No que diz respeito à sucessão trabalhista, essa questão já foi objeto de apreciação dos tribunais superiores. Durante o caso Varig, chegou ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) a possível inconstitucionalidade da eliminação dessa sucessão. Por conta da incerteza quanto à eliminação dos passivos, ativos extremamente valiosos, como os *hottrans* e *slots* (horários e áreas aeroportuárias de chegada e partida dos voos),



não foram vendidos por valor superior. Quando o STJ reconheceu que a competência era do juiz do caso, a sucessão foi eliminada, e a Varig conseguiu gradualmente se recuperar.

Princípio da colaboração ou cooperação

O princípio da colaboração ou cooperação aparece no art. nº 6 do novo Código de Processo Civil (lei nº 13.105/2015): “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Importado do direito europeu, esse princípio constitui uma nova cultura de atos concertados entre os juízes cooperantes, com o objetivo de alcançar a melhor solução possível para todas as partes. No entanto, apesar de ter um papel central nessa dinâmica, o magistrado não é o único a orientar sua atuação como agente colaborador do processo: todos os participantes têm o direito de cooperar para fornecer ao juiz os subsídios necessários para que ele exerça sua função. Trata-se de um dever de colaboração recíproco.

O princípio da colaboração é igualmente aplicado à Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência (art. nº 189), seguindo a norma processual do novo Código de Processo Civil, o que é fundamental para se gerar um ambiente de diálogo e, consequentemente, facilitar a recuperação das empresas. A título de exemplo, em uma audiência conjunta, é possível cooperar com boa-fé, vislumbrando uma eficiente administração da justiça, ao serem negociadas dívidas, prazos e modos de pagamento das dívidas. Durante o caso Varig, que atingiu proporções internacionais, um juiz em Nova York considerava apreender 20 aeronaves da empresa. No entanto, a juíza Marcia Cunha foi ao seu encontro e acompanhou a audiência nos Estados Unidos, promovendo um ato concertado.

Tal ato também deu margem ao capítulo 15 (*Ancillary and Other Cross-Border Cases*) do *Bankruptcy Code* – a lei de falências norteamericana. O propósito deste capítulo é fornecer mecanismos efetivos para lidar com processos de insolvência envolvendo mais de um país, por meio de cinco objetivos:¹

1 Fonte: <<http://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy/bankruptcy-basics/chapter-15-bankruptcy-basics>>.

1. Promover a cooperação entre os tribunais dos Estados Unidos e interessados, com os tribunais e outras autoridades competentes dos países estrangeiros envolvidos;
2. Estabelecer uma maior segurança jurídica para o comércio e investimentos;
3. Proporcionar uma administração justa e eficiente, no caso de insolvências transfronteiriças, que proteja os interesses dos credores e de outras entidades interessadas, inclusive o devedor;
4. Proteger e maximizar o valor dos ativos do devedor;
5. Facilitar a recuperação de empresas com dificuldades financeiras, protegendo, assim, investimentos e preservando empregos.

UM AGENTE ESSENCIAL: O ADMINISTRADOR JUDICIAL

Como no exemplo do princípio da colaboração, é patente o papel central desempenhado pelo juiz na execução da Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência. No entanto, grande parte de suas resoluções são baseadas no trabalho de outro agente: o administrador judicial. Presente em caso de falência ou recuperação judicial, o administrador recebeu uma função de destaque com a lei, ao mesmo tempo em que lhe foram impostas uma série de tarefas específicas e obrigações, como a verificação dos créditos dos credores, a consolidação do quadro-geral de credores, o requerimento e a convocação da assembleia-geral, bem como a apresentação de relatórios mensais das atividades da empresa. Para além dessas previsões legais, é pertinente salientar que a função do admi-

nistrador judicial é de tal ordem importante que transcende a fiscalização do processo.

Na ação de recuperação judicial, compete ao administrador, em um momento inicial, identificar se a empresa em questão é comprovadamente viável. Tal análise prévia de viabilidade é de importância capital para o desenvolvimento das etapas seguintes, o que torna fundamental a escolha, pelo juiz do caso, de uma pessoa física ou jurídica capacitada para desempenhar a função. De acordo com o art. nº 21 da lei, “o administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada”.

Tal escolha deve ser realizada com zelo pelo juiz, pois, quanto maior a *expertise* do profissional, mais os frutos de seu trabalho poderão ser aproveitados. A título de exemplo, na recuperação judicial da OGX Petróleo e Gás, iniciada em 2013, foi nomeada a Deloitte, empresa de auditoria e consultoria empresarial, que apresentou um geólogo para desempenhar a função de profissional responsável. Justamente por possuir conhecimentos específicos da área de óleo e gás, diferentemente do juiz, que não tem a possibilidade de se especializar em áreas tão diversificadas, a presença do especialista tornou-se fundamental para assessorar a tomada de decisões. Além disso, no contexto atual, em que o mercado se torna cada vez mais globalizado e as empresas estão presentes em diversos países, o administrador presta grande auxílio ao interpretar os possíveis impactos econômicos, políticos e sociais decorrentes da decisão judicial.

Em um segundo momento, já em posse legal de contratos e outros documentos da empresa, o administrador tem a função de fazer com que o plano de recuperação judicial

seja cumprido da forma acordada entre juiz, credores e devedor. Além disso, caso o plano necessite de ajustes, toda modificação será elaborada e comunicada pelo administrador, cujo trabalho é sempre supervisionado e aprovado pelo juiz do caso e por um comitê de credores.

Já no processo de falência, o administrador substitui o antigo síndico, disciplinado pelo decreto-lei nº 7.661/1945, que era escolhido entre os maiores credores da empresa falida, e não pelo juiz. Por conseguinte, o síndico representava não só a massa falida, mas os credores. Contrariamente ao síndico, o administrador representa apenas a massa falida, sendo responsável por intermediar a relação desta com os credores e o juiz.

APERFEIÇOAMENTO DA LEGISLAÇÃO

Mais de uma década após sua criação, a lei se tornou uma importante aliada na prevenção da falência das empresas, mas o aumento de casos de recuperação judicial registrados torna necessário avançar no aperfeiçoamento da legislação. Dois aspectos passíveis de discussão são a inclusão da sanção segundo a teoria do *deepening insolvency* e a demonstração de requisitos substanciais, bem como a alienação fiduciária.

Deepening insolvency e a demonstração de requisitos substanciais

A sanção segundo a teoria do *deepening insolvency* surgiu no direito norte-americano e consiste na responsabilização pelo prolongamento da existência para além do estado

de insolvência de uma empresa. A Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência, no art. nº 105, afirma que o administrador da empresa “em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial deverá requerer ao juízo sua falência”, evitando, de certa forma, que se inicie uma ação de recuperação sem que a empresa atenda aos requisitos formais do art. nº 51. No entanto, por mais que esse artigo exija o preenchimento de um formulário por parte do devedor, como é possível se ter certeza de que o conteúdo reflete a real situação da empresa? Uma possível melhoria, nesse caso, seria a previsão de uma sanção, como no modelo norte-americano, a fim de se evitar que o devedor aja de má-fé. Além disso, a maneira mais aconselhável de se proceder, sobretudo nos casos em que a empresa em questão é estratégica para o país, consiste na realização de uma análise prévia de viabilidade – que, ao contrário de uma perícia, seria executada sempre em um curto prazo pelo profissional nomeado pelo juiz. A partir dos dados coletados pelo especialista, o juiz poderia, então, decidir se a empresa é viável ou não.

Alienação fiduciária

A alienação fiduciária consiste, resumidamente, na transferência, por parte do devedor, de um negócio fiduciário como garantia de seu débito: caso a dívida seja paga, o antigo devedor torna-se novamente titular do negócio. Conforme o art. nº 49, § 30, da Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência, os bens alienados fiduciariamente não se submetem à recuperação.

Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou

“ SE ESSA É UMA LEI DE SOLIDARIZAÇÃO DO SACRIFÍCIO, QUE BUSCA SALVAR EMPRESAS VIÁVEIS ECONOMICAMENTE, É PRECISO QUE TODOS OS ENVOLVIDOS SE SOLIDARIZEM E ATÉ SAIAM, POR VEZES, PREJUDICADOS, A FIM DE SE RECUPERAR UMA IMPORTANTE CÉLULA EMPRESARIAL. ISSO POSTO, POR QUE EXISTEM EXCEÇÕES À REGRA? ”



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

O mesmo ocorre com o adiantamento do contrato de câmbio e o fisco, por exemplo. Nesse contexto, a questão que se impõe é a seguinte: deveriam todos os créditos, inclusive o fiscal, ser submetidos à recuperação? Se essa é uma lei de solidarização do sacrifício, que busca salvar empresas viáveis economicamente, é preciso que todos os envolvidos se solidarizem e até saiam, por vezes, prejudicados, a fim de se recuperar uma importante célula empresarial. Isso posto, por que existem exceções à regra? A possível explicação, que orientou a decisão do STJ, é econômica: se a alienação fiduciária for submetida à recuperação, existe a tendência de o mercado de juros aumentar. No entanto, é possível imaginar um meio-termo que equalize o valor constitucional da propriedade e o valor constitucional da função social da propriedade. Em teoria, seria separado o menor valor possível, segundo orientação do perito, tendo fluxo de caixa para a empresa funcionar e gerar riquezas, e, com isso, devolver o dinheiro para o credor em um determinado

tempo. A partir dessa prática, é preciso confirmar se os dois valores seriam equalizados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a criação da Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência (lei n° 11.101/2005), as empresas em dificuldade financeira ou crise de liquidez, para evitar sua falência, passaram a dispor de um mecanismo legal. No entanto, apenas as companhias economicamente viáveis devem ter sua continuidade de atuação facilitada pelos processos de recuperação judicial ou extrajudicial. Ainda que o objetivo central da lei seja o saneamento das companhias, é importante salientar que as empresas consideradas inviáveis ou nocivas à economia devem ter sua falência declarada.

O caso Varig, primeiro a ser alcançado pela lei ainda em 2005, foi o *leading case* que contribuiu de maneira crucial para as discussões judiciais subsequentes, já que, na época, não existiam orientações doutrinárias e jurisprudenciais. A partir desse caso, foram discutidos temas como a eliminação de sucessões trabalhistas e fiscais, como também o princípio da colaboração — fundamental para facilitar o diálogo entre as partes e a consequente recuperação de empresas. Se melhorias ao texto da lei ainda podem ser sugeridas, como a inclusão da sanção segundo a teoria do *deepening insolvency*, a jurisprudência evoluiu imensamente ao longo dos últimos 13 anos, chegando a influenciar a criação do capítulo 15 do *Bankruptcy Code* norte-americano.

LEI DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÃO JUDICIAL:

AVANÇOS CONQUISTADOS E
CAMINHOS POSSÍVEIS

A partir de um viés econômico, Aloisio Araujo e Rafael Ferreira refletem não somente sobre os avanços da lei nº 11.101/2005, – que, ao introduzir a possibilidade da recuperação judicial, trouxe nova tônica às empresas em dificuldades financeiras –, como também levantam alguns pontos que devem ser considerados pelo legislador para assegurar a eficiência econômica da recuperação. Em debate, estão temas como o delicado equilíbrio entre credores e devedor, os custos de um processo de recuperação judicial e a necessidade de serem criadas mais varas especializadas na área.

ALOISIO ARAUJO

Economista e professor da FGV EPGE

Bacharel em ciências econômicas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. É mestre em matemática pelo Instituto Nacional de Matemática Pura e Aplicada (IMPA) e doutor em estatística pela Universidade da Califórnia, nos Estados Unidos. Lecionou nas Universidades da Pensilvânia, Chicago e Califórnia, nos Estados Unidos, e na Sorbonne, na França. Atualmente, é professor da Escola Brasileira de Economia e Finanças da Fundação Getulio Vargas, além de professor e pesquisador do IMPA.

RAFAEL FERREIRA

Economista e professor da Universidade de São Paulo

Formou-se em administração de empresas na Universidade de Pernambuco. Possui mestrado em economia pela Escola de Pós-Graduação em economia da Fundação Getulio Vargas e doutorado em economia pela mesma instituição – com período sanduíche na Universidade da Pensilvânia, nos Estados Unidos. É professor e pesquisador na Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo.

O arcabouço legal que determina os destinos de agentes econômicos – tipicamente firmas e indivíduos, quando insolventes – tem um papel importante para o desenvolvimento do mercado de crédito. Cabe a essa classe de leis e normas a tarefa de especificar que procedimentos adotar para resolver disputas em circunstâncias não previstas nos contratos entre devedores insolventes e credores. Há, no entanto, uma infinidade de arranjos legais possíveis: alguns, com provisões mais lenientes com devedores; outros, com artigos mais severos. A escolha entre leniência e severidade, no entanto, não é trivial, tendo implicações do ponto de vista da eficiência econômica e da alocação de crédito na economia.

De fato, a severidade com o devedor em dificuldades financeiras geralmente ocorre em prol dos credores. A proteção ao credor aumenta a probabilidade e a intensidade da recuperação parcial de seus créditos, o que afeta o risco de crédito da firma antes mesmo da insolvência, ampliando seu acesso ao crédito e reduzindo os custos de endividamento. No caso de firmas, juros mais baixos se traduzem em mais projetos rentáveis, mais riqueza sendo produzida e mais emprego sendo gerado.

Severidade com devedores, no entanto, tem retornos marginais decrescentes. Do ponto de vista da eficiência econômica, há situações em que a leniência com devedores é o melhor a se fazer, em especial quando as firmas não conseguem, por alguma falha no mercado de crédito ou problema de coordenação, financiar situações adversas transitórias pelas quais eventualmente estejam passando. Ao lidar com firmas que já estejam em dificuldades, há mérito em preservar seus ativos e mantê-los sob posse das firmas, caso essa seja a sua alocação mais produtiva. Alienação só faz sentido, do ponto de vista econômico, quando for capaz de gerar valor, isto é, quando os ativos são mais produtivos sob posse de outra firma ou indivíduo.

Um legislador preocupado com a eficiência econômica deveria, portanto, contrapor esses dois aspectos: deve-se levar em consideração a importância da proteção a credores na ampliação do acesso ao crédito e no provimento a incentivos, sem esquecer do papel que a leniência com devedores pode desempenhar para impedir liquidações ineficientes e preservar o valor dos ativos.

Antes da entrada em vigor da lei nº 11.101/2005, o caso brasileiro era um exemplo claro de arcabouço legal ineficaz em am-

bas as dimensões. Isto porque era incapaz de garantir os incentivos necessários à ampliação do acesso ao crédito e, ao mesmo tempo, falho na preservação do valor dos ativos. Havia ineficiências patentes e oportunidades claras de melhoria por meio apenas da redução dos custos de bancarrota.

A reforma na lei de falências trouxe, então, avanços inegáveis, em especial ao substituir a ineficiente concordata pela recuperação judicial, inspirada no capítulo 11 da lei de falências americana. O antigo arcabouço legal que regia as bancarrotas no Brasil era, de fato, falho ao extremo. Configurava-se uma situação em que todos os agentes econômicos relevantes saíam perdendo, em função da burocracia e do desperdício, resultando em perda de valor para a acionistas (*stockholders*) e demais partes interessadas (*stakeholders*). Neste contexto, havia espaço para ganhos de eficiência, que resultaram em ganhos para algumas partes, sem perdas para as demais. É o caso, por exemplo, da redução no prazo médio para resolução do processo de insolvência e, conseqüentemente, da maior rapidez na liquidação dos ativos das firmas insolventes. A demora na resolução desses processos tem, como resultado direto, a perda de valor dos ativos da firma devedora, por

“Deve-se levar em consideração a importância da proteção a credores na ampliação do acesso ao crédito e no provimento a incentivos, sem esquecer do papel que a leniência com devedores pode desempenhar para impedir liquidações ineficientes e preservar o valor dos ativos.”

meio de depreciação. Outro exemplo: a possibilidade de resolução extrajudicial de alguns casos, permitindo reduzir os custos diretos de bancarrota.

Uma clara medida da magnitude do ganho trazido pela reforma pode ser percebida na Figura 1, que traz uma comparação entre o tempo médio para resolver insolvência, no Brasil e em outras regiões do mundo, nos anos de 2004 (um ano antes da entrada em vigor da lei nº 11.101) e 2015. Durante esse período, diversos países implementaram reformas em seus sistemas legais, de modo que o tempo médio de resolução da insolvência caiu em várias das regiões. No Brasil, entretanto, essa queda se mostrou bem mais acentuada: de dez para quatro anos, em média.

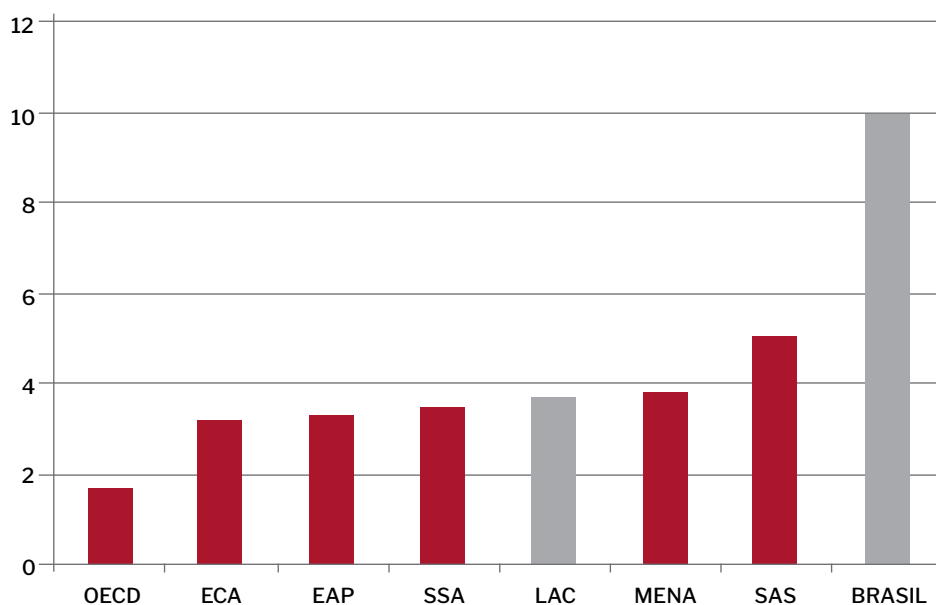
O resultado dessa queda se fez sentir na taxa de recuperação de créditos: quanto mais rapidamente se resolve a insolvência, maior

será o valor arrecadado disponível a ser distribuído para os credores. No entanto, outros fatores também afetaram positivamente essa taxa de recuperação. Como resultado da reforma de 2005, na falência, alguns tipos de credores viram aumentar a prioridade dada a seus créditos, com evidências de impactos sobre o custo do crédito, conforme evidenciado por Araujo et al (2012). A Figura 2 traz a evolução dessa taxa de recuperação, evidenciando um acentuado aumento após a introdução da nova lei, levando o Brasil para patamares mais próximos da média da América Latina.

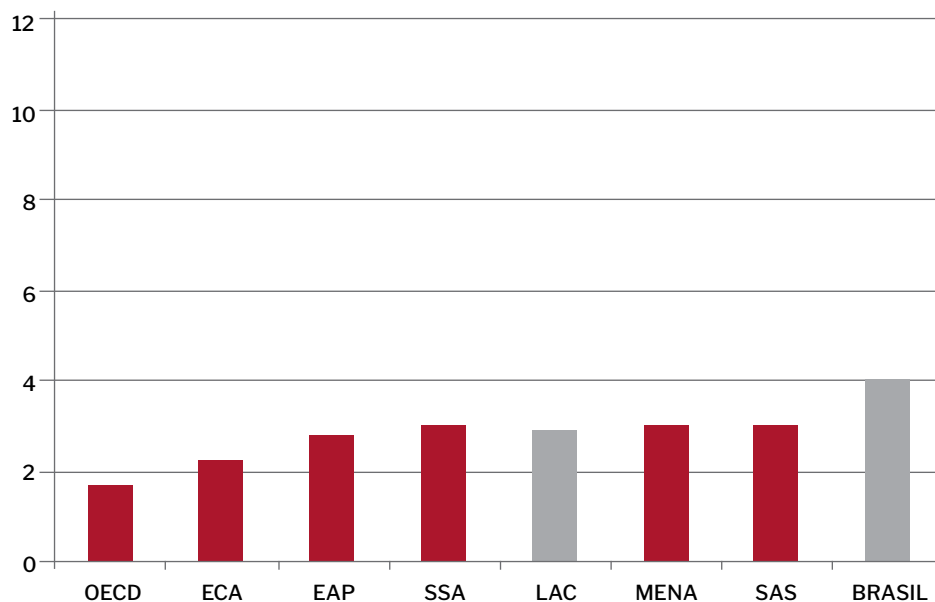
Dentre as principais mudanças introduzidas pela lei nº 11.101/2005 está a criação de um arcabouço legal – a recuperação judicial – para que firmas em dificuldades possam propor e implementar um plano de recuperação com aval dos credores e sob supervisão da Justiça. Os credores se tornaram parte

Figura 1 Tempo médio de resolução de insolvência

2004



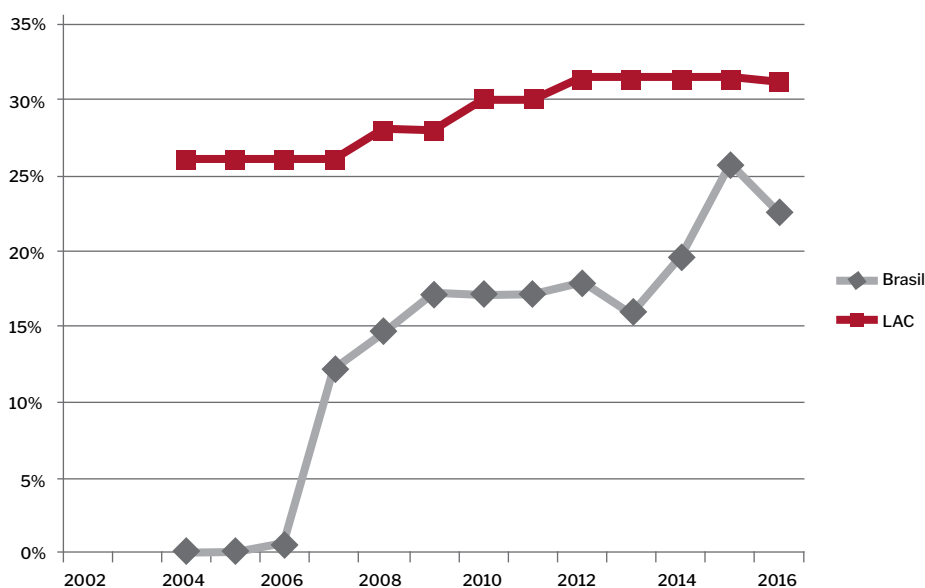
2015



Nota: Duração, em anos, dos processos falimentares na Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), Ásia Central Ocidental (ECA), Ásia Central do Pacífico (EAP), África Subsaariana (SSA), América Latina e Caribe (LAC), Oriente Médio e Norte da África (MENA), Sul da Ásia (SAS) e Brasil.

Fonte: Doing Business, Banco Mundial

Figura 2 Taxa de recuperação de créditos: Brasil *versus* América Latina



Fonte: Doing Business

“Em tese, apenas empresas economicamente viáveis deveriam seguir no processo de recuperação judicial, enquanto as inviáveis deveriam ser liquidadas, uma vez que o valor de venda dos seus ativos é menor do que o valor da empresa em continuidade.”

mais ativa do processo, podendo acompanhar, com maior proximidade, o desenrolar da reorganização das empresas em dificuldades financeiras, bem como negociar as novas condições de pagamento, alinhadas com a capacidade de a empresa se reorganizar.

A despeito das mudanças, passados pouco mais de dez anos da entrada em vigor da lei nº 11.101/2005, tem-se discutido a pertinência de reformá-la. Algumas questões estão pacificadas, como a necessidade de um regime especial, mais simples e menos custoso, para micro e pequenas empresas, que representam cerca de metade dos processos de recuperação e a maioria absoluta dos processos de falência. Para se ter uma ideia, a maior parte dos processos de liquidação são de micro e pequenas empresas, e, para boa parte deles, os custos do processo judicial superam o valor dos ativos das empresas.

De fato, um processo de recuperação judicial é custoso: tipicamente requer a contratação de advogados especializados, consultores, contadores e administradores. Tais custos diretos podem facilmente tornar o procedimento antieconômico para firmas menores. Por esse motivo, temos desistências, abandonos e extinções sem resolução do mérito do processo ocorrendo duas vezes mais com micro e pequenas empresas em recuperação que com empresas maiores. Como resultado, os credores não recuperam praticamente nada nesses processos, e o Estado ainda incorre em custo para fechar a empresa.

Assim, trabalhar para ter um processo judicial mais adequado ao tamanho da empresa, mais barato e tempestivo para as menores, traz ganhos não só para credores mas também para o próprio Estado e para as empresas recuperandas de menor porte. Sob a lei atual, micro e pequenas empresas têm metade das chances de se recuperar, em

Tabela 1 Resultado das 10 principais Recuperações Judiciais (até 2015)

EMPRESA	RESULTADO FINAL	DESÁGIO AVALIANDO DA DÍVIDA
Eucatex	Recuperação	55,5%
Leon Helmer S.A.	Recuperação	44%
Grupo Rede	Venda de ativos para a Energisa	57,4%
Celipa	Venda de ativos para a Equatorial Energia	30,9%
Frigorífico Independência S.A.	Venda de ativos para a JBS	44,6%
Infinity Bio-Energia Brasil Participações S.A.	Venda de ativos para a JBS	70,7%
Varig	Venda de ativos para a Gol	69,1%
Parmalat Brasil	Venda de ativos para a Leap Investimentos	25,7%
Vasp	Falência	67,2%
Agrenco	Falência	58%

Fonte: Goldman Sachs

comparação com empresas maiores, e cinco vezes mais chances de ter o seu pedido de recuperação indeferido. Para empresas maiores, no entanto, o processo tem se mostrado mais adequado. A Tabela 1 traz informações de um estudo do banco Goldman Sachs, com os dez maiores processos de Recuperação Judicial concluídos até 2015. Dentre estes, oito resultaram em recuperação da empresa ou em alienação de seus ativos, e apenas duas recuperações foram convoladas em falência, em claro contraste com os números análogos para empresas de menor porte.

Outro ponto de convergência é a importância das varas especializadas. O andamento dos processos de recuperação judicial, desde o requerimento inicial até a sua conclusão, tende a ser mais previsível e eficiente nas varas especializadas. Um dos grandes problemas que temos hoje é o mau uso do sistema,

principalmente na tentativa de recuperar empresas que deveriam ser liquidadas. Em tese, apenas empresas economicamente viáveis deveriam seguir no processo de recuperação judicial, enquanto as inviáveis deveriam ser liquidadas, uma vez que o valor de venda dos seus ativos é menor do que o valor da empresa em continuidade.

Porém, a dificuldade em identificar tal característica de viabilidade econômica das empresas faz com que juízes, principalmente aqueles de varas não especializadas, aceitem a maioria absoluta dos requerimentos de recuperação judicial, independentemente da viabilidade da empresa requerente. Como boa parte das empresas em recuperação já era inviável no momento do pedido, a convolação em liquidação é o resultado mais provável. Assim, a postergação da liquidação contribui apenas para depreciar os ativos da



empresa, dificultando sua melhor destinação e comprometendo a recuperação do crédito pelos credores.

Daí vem a sugestão de expandir os juízos especializados em falência e recuperação judicial, de modo a levar a outras comarcas do Brasil o ganho de eficiência, que hoje está restrito às comarcas maiores. Esse ganho se traduz não apenas de forma direta, mas também indireta, por meio da redução na incerteza jurídica. A concentração de mais casos em um número menor de varas permitiria maior previsibilidade dos rumos do processo por parte dos agentes envolvidos.

Outra possível mudança que vem sendo objeto de debate está relacionada aos créditos com garantias fiduciárias. Pela lei atual, esses créditos estão fora do processo de recuperação, com os credores detendo a posse dos bens até o pagamento total da dívida. Se, por um lado, isso dificulta o processo de recuperação da empresa, dado que uma boa parte da dívida é dessa natureza, por outro, a inclusão dessa classe no processo de recuperação judicial pode significar uma perda de proteção aos credores, com potencial impacto na oferta de crédito.

As propostas em debate colocam esses credores dentro do processo de recuperação e de falência, tendo prioridade absoluta sobre os demais credores. Em relação à falência, esse ponto tem sido visto como extremamente positivo, pois traz um aumento potencial na taxa de recuperação dos credores. Entretanto, o mesmo não pode ser dito sobre a recuperação judicial. Na recuperação, o lado bom dessa mudança seria trazer para dentro do processo credores relevantes que auxiliariam na solução do problema, mantendo a prioridade absoluta frente aos demais credores. Há, porém, um risco grande: evidências empíricas mostram que, na prática, a prioridade

absoluta não é mantida, mesmo nos países com forte tradição legal, como os Estados Unidos. A consequência disso seria uma perda de proteção aos credores, com possíveis efeitos sobre juros, dado o maior risco do não recebimento por parte dos credores.

Avançamos muito com a lei nº 11.101/2005. É verdade que ainda há muito espaço para melhorias, mas é preciso estarmos atentos para que o debate ocorra a partir de uma avaliação realista e precisa dos problemas da lei atual, sem desconsiderar a realidade brasileira. Um mau diagnóstico inevitavelmente resultará em um receituário inadequado.

A FUNÇÃO DO ADMINISTRADOR JUDICIAL E SEUS NOVOS DESAFIOS

O papel do administrador judicial e a importância desse profissional em processos de recuperação judicial e falência são os principais temas deste artigo. Em sua abordagem, Sérgio Bessa detalha as atribuições do administrador, previstas pela lei nº 11.101/2005, e reflete sobre outras contribuições pertinentes a serem feitas no exercício dessa função.

SÉRGIO BESSA

Coordenador de Projetos da FGV Projetos

Mestre em concorrência e regulação de mercado, com MBA em administração e finanças. Foi superintendente do Banco Bozano Simonsen e auditor das empresas *PricewaterhouseCoopers*, Gerdau e IBM. Também atuou na avaliação, compra e reestruturação de diversas empresas privatizadas, como o Banco do Estado do Rio de Janeiro, Banco Meridional, Companhia Siderúrgica Paulista, Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais e Empresa Brasileira de Aeronáutica. Atualmente, é coordenador de projetos da FGV Projetos na área de administração judicial e professor de administração e finanças dos cursos de MBA da Fundação Getúlio Vargas.

Entre as tantas benesses trazidas pela Lei de Falências e Recuperação de Empresas (lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005), certamente uma das mais importantes foi a criação da figura do administrador judicial – pessoa física ou jurídica, de confiança do magistrado, que exerce um papel de enorme relevância nos processos de recuperação judicial e falência. Suas atribuições demandam competência, diligência e a assunção de inúmeras responsabilidades quanto à fiscalização do devedor e à administração da massa falida, da fiscalização do cumprimento das atribuições do devedor até a incumbência de administrar a massa falida das empresas, ou seja, o acervo composto pelos interesses e pelos ativos e passivos da instituição que decretou a falência, incluindo seus bens, créditos e débitos.

Sendo assim, o sucesso ou o fracasso desses processos, em geral, está intimamente ligado ao desempenho do administrador judicial. Ciente disso, este artigo se propõe não só a abordar as atribuições legais desse profissional, como também refletir sobre o que ele pode fazer a mais para que o processo de recuperação judicial de uma empresa seja bem-sucedido.

O ADMINISTRADOR JUDICIAL E SUAS ATRIBUIÇÕES LEGAIS

Segundo a legislação, o administrador judicial deverá ser um profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas, contador ou pessoa jurídica especializada. Se o administrador judicial nomeado for uma pessoa jurídica, obrigatoriamente deverá ser apresentado o nome do profissional responsável pela condução do processo de falência ou de recuperação judicial, que não poderá ser substituído sem a autorização do juiz. O responsável pela condução do processo assinará, na sede do juízo, o termo pelo qual se compromete a desempenhar bem e fielmente o cargo, assim como a assumir todas as responsabilidades inerentes a ele.

Ainda de acordo com a Lei de Falências e Recuperação de Empresas, no art. nº 22, em relação à recuperação judicial e falência, compete ao administrador judicial, sob a fiscalização do juiz e de um comitê de credores, os seguintes deveres (dentre outros estabelecidos legalmente):

- Enviar correspondência aos credores constantes na relação nominal que foi entregue pelo devedor, por ocasião da petição inicial que protocola o pedido e o processamento da recuperação judicial;
 - Fornecer com presteza todas as informações pedidas pelos credores interessados;
 - Dar extratos dos livros do devedor, que merecerão fé de ofício, a fim de servirem de fundamento nas habilitações e impugnações de créditos;
 - Exigir dos credores, do devedor ou de seus administradores quaisquer informações;
 - Elaborar a relação de credores;
 - Consolidar o quadro geral de credores;
 - Requerer ao juiz a convocação da assembleia geral de credores – nos casos previstos pela lei, ou sempre que entender necessária a sua oitiva para a tomada de decisões;
 - Contratar, mediante autorização judicial, profissionais ou empresas especializadas para, quando necessário, auxiliá-lo no exercício de suas funções.
- Da mesma forma, a legislação prevê como competências do administrador judicial:
- Fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial;
 - Requerer a falência em caso de descumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação;
 - Apresentar ao juiz, para ser juntado aos autos, um relatório mensal sobre as atividades do devedor;
 - Apresentar o relatório circunstanciado sobre a execução do plano de recuperação, no caso de encerramento por sentença.
- No tocante à falência, a lei nº 11.101/2005 apresenta 17 itens específicos sobre os quais o administrador judicial deve se manifestar.¹ Dentre eles, o presente artigo se concentrará naqueles percebidos como os mais relevantes.
- Na parte inicial do processo, entre a petição com o pedido de recuperação judicial e a aprovação do plano de recuperação judicial, existem duas atribuições principais: a formulação do quadro geral de credores e a condução da assembleia geral de credores.

ELABORAÇÃO DA RELAÇÃO DO QUADRO GERAL DE CREDITORES

Este item possui uma série de desdobramentos, mas, para efeito de análise, a abordagem será feita a partir de quatro temas considerados mais relevantes: verificação dos créditos; habilitação creditícia; publicação da relação com os credores; e consolidação e publicação do quadro geral de credores.

¹ Para conferir todos esses itens, ler o inciso III do *caput* do art. 22 da lei nº 11.101/2005.

“Embora seja muito mais comum a impugnação ocorrer a partir dos credores, também é possível ocorrerem impugnações por parte do devedor, as chamadas “impugnações para decréscimo do passivo””

Tema 1: verificação dos créditos

O legislador foi cuidadoso ao prever que a verificação dos créditos será realizada pelo administrador judicial, porque, dessa forma, deixou clara a obrigação jurídica do administrador, que responderá por eventuais danos causados às partes envolvidas, sejam elas devedor ou credor. Essa verificação inicial é extremamente trabalhosa, pois devem ser verificados os livros contábeis, os documentos comerciais e os fiscais, a fim de que todas as partes envolvidas tenham segurança quanto à relação inicialmente apresentada.

Apesar da responsabilidade e do esforço que precisam ser dispendidos, esse trabalho poderá obedecer aos princípios de celeridade e economia de tempo no aferimento do patrimônio passivo apresentado, se partir da adequada participação do devedor (que legalmente está obrigado a contribuir, sob pena de condenação criminal). Nessa fase, todos os credores que constarem na relação nominal entregue pelo devedor deverão receber uma comunicação do administrador judicial com todas as informações pertinentes ao seu caso, como a data do pedido de recuperação judicial, a natureza, o valor e a classificação dada ao seu crédito.

Tema 2: habilitação dos créditos

Após o término da fase de verificação dos créditos, é preciso dar espaço para a habilitação dos credores, o que ocorre pela ordenação do juiz para a expedição do edital, publicado em órgão oficial, que deverá conter:

- O resumo do pedido do devedor e da decisão que defere o processamento da recuperação judicial;

- A relação nominal dos credores, discriminando-se o valor atualizado e a classificação de cada crédito;
- A advertência sobre os prazos de habilitação dos créditos, para que os credores apresentem objeção ao plano inicialmente apresentado.

A relação nominal dos credores é o resultado da verificação dos créditos. Sendo assim, os credores que porventura não estiverem nessa relação, mas que entendam que possuam créditos a receber, poderão requerer a habilitação dos seus créditos ao administrador judicial dentro de um prazo de 15 dias, contados a partir da publicação do edital.

Além disso, o edital indica para onde serão encaminhados esses pedidos de habilitação, que deverão conter, obrigatoriamente, pelo menos as seguintes informações:

- O nome, o endereço do credor e o endereço em que receberá a comunicação de qualquer ato do processo;
- O valor do crédito atualizado até a data da falência ou do pedido de recuperação judicial, sua origem e classificação;
- Os documentos comprobatórios do crédito e a indicação das demais provas a serem produzidas;
- A indicação da garantia prestada pelo devedor e o respectivo instrumento, se houver;
- A especificação do objeto da garantia que estiver na posse do credor.

Tema 3: publicação da relação de credores

De acordo com as informações obtidas na verificação de crédito e nas habilitações fei-

tas, o administrador judicial, ao final do prazo para as habilitações, terá até 45 dias para publicar um edital contendo a relação de credores da recuperanda.

É importante destacar que essa relação não tem, pelo administrador, juízo de existência, valor ou classificação dos créditos habilitados, constituindo-se em um relato daqueles que se pretendem credores. Possui, assim, um caráter provisório. Por isso, o edital deverá esclarecer o local, os horários e os prazos em que qualquer uma das partes (credor, devedor, sócios ou Ministério Público) terá acesso aos documentos que deram base para aquela relação.

A partir desse momento, conta-se o prazo de dez dias para os interessados em impugnar alguma questão creditícia. Embora seja muito mais comum a impugnação ocorrer a partir dos credores (com argumentos como a necessidade de alteração ou acréscimo no valor de um crédito, ou a modificação de uma classificação), também é possível ocorrerem impugnações por parte do devedor, as chamadas “impugnações para decréscimo do passivo”, com o objetivo de reduzir o passivo do devedor ou até mesmo de retirar os ônus que sejam indevidos, como algum tipo de garantia, por exemplo.

Tema 4: consolidação e publicação do quadro geral de credores

O administrador judicial é o responsável pela consolidação do quadro geral de credores, elaborado a partir do trabalho realizado conforme os temas anteriores e apresentado ao juiz.

Por sua vez, caberá ao juiz homologar o quadro geral tomando por base a relação de

credores apresentada e considerando as decisões proferidas nas impugnações oferecidas.

O quadro geral de credores será assinado pelo juiz e pelo administrador judicial, e mencionará, obrigatoriamente, a importância e a classificação de cada crédito na data do requerimento da recuperação judicial ou da decretação da falência.

Posteriormente, podem ocorrer casos de descoberta de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou documentos ignorados na época do julgamento do crédito. Nesses casos, o administrador judicial, o comitê, qualquer credor ou representante do Ministério Público poderá, até o encerramento da recuperação judicial ou da falência, pedir a troca de classificação, a exclusão ou a retificação de qualquer crédito, observando o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.

CONDUÇÃO DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES

A assembleia geral de credores é convocada pelo juiz por edital, após requerimento do administrador judicial, e deve ser publicada em jornais de grande circulação nas localidades da sede e das filiais, com antecedência mínima de 15 dias.

Essa assembleia tem que ser conduzida obrigatoriamente pelo administrador judicial, que designará um secretário entre os credores presentes. É extremamente recomendável que, nesse momento, o administrador judicial tenha ao seu lado um advogado de confiança, que esteja atuando no processo.

Algumas particularidades da assembleia têm que ser atentamente observadas pelo administrador judicial, como a sua composição, que possui quatro tipos de credores:

- Titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho;
- Titulares de créditos com garantia real;
- Titulares de créditos quirografários com privilégio especial, privilégio geral ou subordinados;
- Titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Outros pontos muito significativos, que costumam gerar alguns desencontros nas assembleias, são o direito de voto e as suas consequências em termos de valores e representatividade, que devem ser bem estudadas antes do início da reunião. Nesse sentido, é válido mencionar que terão direito a voto as pessoas arroladas:

- No quadro geral de credores ou na sua falta;
- Na relação de credores apresentada pelo administrador judicial ou, ainda, na falta desta;
- Na relação apresentada pelo próprio devedor, acrescida, em qualquer caso, das que estejam habilitadas na data da realização da assembleia ou que tenham créditos admitidos ou alterados por decisão judicial.

Ainda dentro desse grupo, temos a relevância do voto de cada credor, que deverá ser proporcional ao valor do seu crédito.

Para os casos de créditos em moeda estrangeira, para fins exclusivos de votação em assembleia geral, deverão ser convertidos para moeda nacional pelo câmbio da véspera da data de realização da assembleia. Isso significa que o peso maior ou menor do voto do credor nas deliberações depende do câmbio do dia anterior ao da assembleia.

Já nos casos de créditos derivados da legislação trabalhista, não existe a regra da proporcionalidade, ou seja, cada trabalhador corresponde a um voto. Assim, dá-se o mesmo poder ao trabalhador, independentemente do valor do seu salário. Dessa forma, o legislador evitou que empregados com salários mais altos se sobreponham aos de remuneração inferior.

NOVAS CONTRIBUIÇÕES

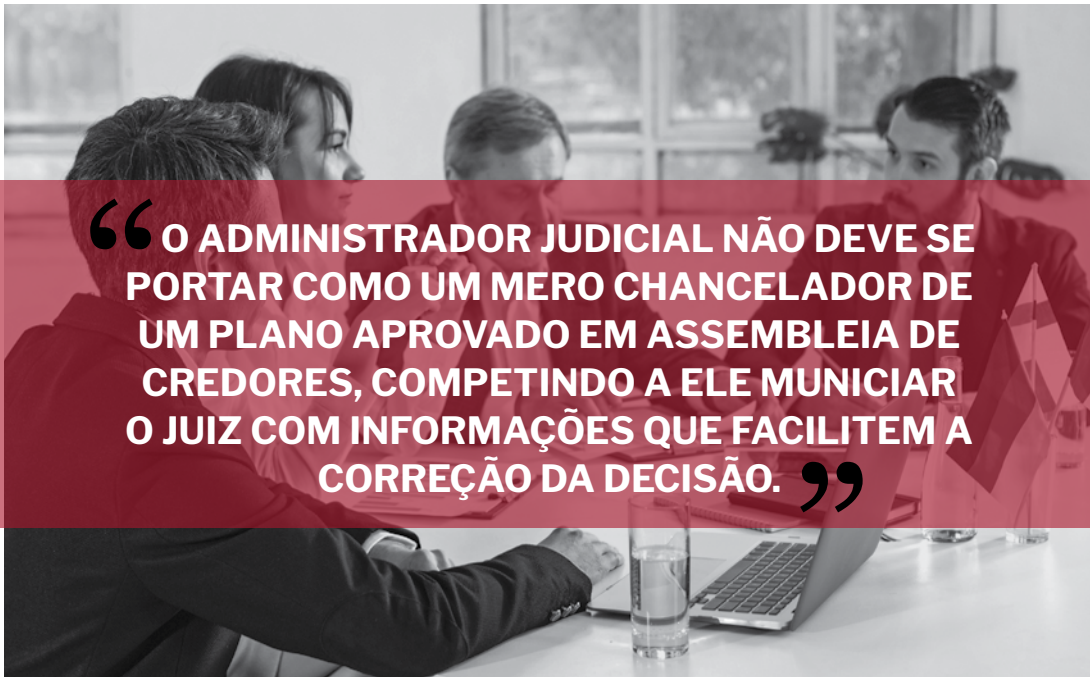
Partindo-se do pressuposto de que o espírito da lei, ao criar a figura do administrador judicial, buscou proporcionar ao juiz maior conforto em termos de gestão, espera-se que esse profissional seja os olhos e ouvidos do magistrado, tal como o guardião de todas as condições impostas pela lei. Também é função dele garantir que as decisões tomadas pelo juiz sejam cumpridas por todas as partes do processo, inclusive devedor e credores.

Outra atribuição do administrador judicial, estabelecida em lei, é que esse profissional deve possuir conhecimento em administração de empresas, contabilidade e economia, em complemento ao conhecimento jurídico.

Para além das obrigações legais previstas, no entanto, este artigo busca refletir sobre o que mais o administrador judicial pode fazer para contribuir para o êxito do processo de recuperação judicial. Nesse sentido, é possível apontar alguns aspectos nos quais o administrador pode ser mais atuante, agindo de forma proativa e não reativa, como um mero fiscal da lei.

Essas novas contribuições, que serão detalhadas a seguir, incluem a análise da exequibilidade dos planos de recuperação judicial,

“Partindo-se do pressuposto de que o espírito da lei, ao criar a figura do administrador judicial, buscou proporcionar ao juiz maior conforto em termos de gestão, espera-se que esse profissional seja os olhos e ouvidos do magistrado, tal como o guardião de todas as condições impostas pela lei.”



“O ADMINISTRADOR JUDICIAL NÃO DEVE SE PORTAR COMO UM MERO CHANCELADOR DE UM PLANO APROVADO EM ASSEMBLEIA DE CREDORES, COMPETINDO A ELE MUNICIAR O JUIZ COM INFORMAÇÕES QUE FACILITEM A CORREÇÃO DA DECISÃO.”

a verificação de planos, tanto os abusivos aos credores quanto os impraticáveis por parte dos devedores, bem como o acompanhamento e a proposta de revisão do plano, principalmente em casos nos quais se identifica o não cumprimento dos objetivos acordados.

Análise da exequibilidade do plano de recuperação judicial

Não existe nenhuma atribuição legal para o administrador judicial no que diz respeito à análise e emissão de opinião sobre a exequibilidade do plano de recuperação judicial preparado pela empresa devedora, sendo pertinente reiterar que tampouco constitui propósito do presente trabalho sugerir alterações legais. A proposta é que um administrador que seja detentor de todos os atributos técnicos que lhe são pedidos use-os no sentido de dar mais conforto ao juiz no decorrer do processo.

Para isso, esse profissional deve estar ciente de que a convocação de uma assembleia geral de credores, quando ele mesmo já identificou que determinado plano de recuperação judicial não possui viabilidade econômica e financeira, vai procrastinar o processo, criando condições para o prolongamento de uma situação que não irá gerar os benefícios socioeconômicos requeridos pela lei.

Assim, recomenda-se que o administrador judicial alerte o juiz, emitindo a sua opinião sobre a viabilidade do plano inicialmente apresentado. Não se trata aqui de realização de julgamento, o que não é de competência desse profissional, mas sim do cumprimento da função que lhe é essencial: dar suporte ao magistrado em suas decisões, por meio do fornecimento de informações claras e precisas.

Verificação de planos abusivos aos credores

Existem planos de recuperação judicial que são aprovados em condições de desrespeito aos credores, acarretando moratória.

Entre os diversos exemplos que podem ser citados, houve um processo no Rio Grande do Sul no qual foi aprovado um plano de recuperação judicial com um deságio de 85%, com os 15% restantes sendo pagos em nove anos, após dois anos de carência. Com base em recursos impetrados pela parte credora, que se sentiu prejudicada, o juiz reverteu essa situação e não permitiu a aprovação do plano nessas condições.

Frente a situações abusivas, o administrador judicial não deve se portar como um mero chancelador de um plano aprovado em assembleia de credores, competindo a ele municiar o juiz com informações que facilitem a correção da decisão.

Ao juiz cabe o direito inalienável da decisão, mas, conforme mencionado anteriormente, compete ao administrador judicial o ato diligente de municiá-lo com informações que facilitem a correção da decisão.

Verificação de planos impraticáveis por parte do devedor

Não é incomum que ocorram diversas falhas de premissas em planos de recuperação judicial, inclusive técnicas, que inviabilizam a sua execução. No entanto, muitas vezes, esses planos são aprovados porque atendem a interesses de um pequeno grupo de credores, que estão mais preocupados em negociar melhores condições para a realização de seus créditos do que em analisar a efetiva possibilidade de execução do plano.

Nesse âmbito, é fundamental recapitular o que estipula o art. nº 47, da lei nº 11.101/2005: “Viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora”.

Com base nesse artigo, não faz sentido o administrador judicial assistir passivamente à aprovação de um plano de recuperação judicial que, em vez de permitir a manutenção da fonte produtora de recursos econômicos, somente estenderá o prazo da empresa na UTI, claramente caminhando para a falência, com prejuízo para a maioria dos credores e, principalmente, deixando-se de atingir a função social da manutenção da atividade produtiva.

O administrador judicial, por sua independência e seu conhecimento multiprofissional, e na qualidade de assessor do juiz, deve mostrar sua proatividade e emitir sua opinião, ainda que informalmente, ao juiz responsável pela recuperação judicial, antes de ele aprovar a convocação da assembleia para a discussão e a aprovação do plano.

Acompanhamento do plano de recuperação judicial e proposta de revisão

O administrador judicial qualificado pode obter evidências de que os objetivos acordados em um plano de recuperação judicial não serão cumpridos, a partir da análise de geração de caixa e do resultado de suas operações, além da observância do não atendimento das metas operacionais intermediárias previstas e dos cenários de mercado.

Caso o administrador identifique que a empresa devedora não conseguirá atingir suas obrigações futuras, face aos resultados intermediários apresentados, há de se questionar o porquê de aguardar o vencimento e

o não cumprimento das obrigações para somente então tomar as medidas corretivas.

Uma das atribuições desse profissional consiste em reunir aos autos do processo um relatório mensal com as atividades do devedor. É nesse momento que a análise deve ser feita; no caso de o administrador identificar o cenário de não cumprimento dos objetivos, ele deve transmitir essas preocupações de forma fundamentada ao juiz – inclusive, esse é um dos objetivos presentes na decisão deste último, ao nomear o administrador judicial e a empresa que o auxiliará nesse processo, a qual deve ter um porte compatível com o caso de recuperação judicial em andamento.

Novamente, é válido enfatizar que a expectativa é de que o administrador judicial não apenas auxilie o juiz dentro do que está escrito na lei, mas que vá além e coloque toda a sua experiência e o seu conhecimento a serviço do sucesso do processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando-se os pontos suscitados neste artigo em relação às atribuições legais do administrador judicial e, principalmente, às novas contribuições que esse profissional pode fazer, com vistas a promover o melhor andamento do processo de recuperação judicial e colaborar para o seu sucesso, é imprescindível destacar a importância de o administrador judicial posicionar-se de forma ativa, utilizando, para isso, todo o seu conhecimento.

A atuação do administrador judicial apenas como mero cancelador de informações trazidas pela recuperanda aos autos abre espaço para que os empresários mal-intencionados possam utilizar a recuperação judicial como meio fraudulento de não honrar as obrigações pactuadas com seus credores.

Essa é uma situação com a qual não é possível conviver, pois, caso contrário, nós, administradores judiciais, estaríamos abrindo mão da enorme responsabilidade que nos foi outorgada. Não me refiro apenas à responsabilidade legal, mas também à responsabilidade moral de darmos a nossa contribuição como agentes transformadores da situação econômica e social de uma empresa, trabalhando ativamente para a melhoria de nosso país.

ARBITRAGEM, MEDIAÇÃO E OUTROS MECANISMOS APLICADOS À RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS REALIDADE NORMATIVA E PRAGMÁTICA

Neste artigo, Juliana Loss toma como ponto de partida o atual debate em torno da modernização da Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência para refletir sobre a utilização de métodos adequados de solução de conflitos, como a arbitragem e a mediação, em processos de recuperação de empresas. Segundo a autora, a busca pela eficiência nesses processos deve passar, necessariamente, pelo uso e aperfeiçoamento desses mecanismos.

JULIANA LOSS

Coordenadora de Projetos da FGV Projetos

Doutoranda em direito privado pela Universidade Paris I Panthéon Sorbonne, na França, mestre e especialista em direito e mediação pela Universidade Carlos III de Madrid, na Espanha. É coordenadora de projetos da FGV Projetos na área de mediação e professora de mediação e negociação.

*“Nunca dê um nome a um rio:
Sempre é outro rio a passar.
Nada jamais continua,
Tudo vai recomeçar!”*

Canção do dia de sempre
Mário Quintana

MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NO SISTEMA DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

No Brasil, a recuperação de empresas em dificuldade e a falência são reguladas pela lei nº 11.101, de 2005. As previsões nela contidas são hoje objeto de análise por um grupo de trabalho criado pelo Ministério da Fazenda, com a finalidade de construir um pré-projeto de lei que altere a regulamentação sobre recuperação de empresas e falência.

Com pouco mais de uma década, a legislação é relativamente jovem. Boa parte dos precedentes de uniformização de sua interpretação ainda se encontram em fase de consolidação no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Alguns pontos, no entanto, como a possibilidade de constrição de patrimônio de empresa em recuperação judicial pelo juízo da execução fiscal, possuem jurisprudência divergente dentro da própria Corte, e há também aquelas matérias em que ainda não há precedentes, como acontece com alguns pontos sobre insolvência transnacional.

A velocidade das transformações da sociedade e, sobretudo, a grande relevância dos processos de insolvência em tempos de crise econômica favorecem o impulso para propostas de modificações legislativas. A questão é tão relevante que a mídia¹ tem anunciado a

possibilidade de que, ainda em 2017, sejam iniciadas tais modificações que agilizem e deem maior efetividade aos processos de recuperação de empresas.

O uso da via judicial para a reorganização de empresas em dificuldade no país pode ser representado por uma curva ascendente. Somente em 2016, 1.863 empresas requereram sua recuperação na via judicial, conforme o Gráfico 1.

A busca pela modernização normativa baseada na cultura da segunda chance direcionada às empresas não é exclusiva do Brasil. Ela também vem ocupando espaço em nível comunitário na Europa. Para perceber esse movimento político e normativo de promoção de instrumentos eficazes para soerguimento de empresas, basta uma rápida análise da recente proposta de diretiva² apresentada pela Comissão Europeia em novembro do ano passado, que tem como principais pontos a utilização de quadros de reestruturação precoce, o favorecimento de uma segunda oportunidade aos empresários e a maior eficiência dos processos de insolvência.

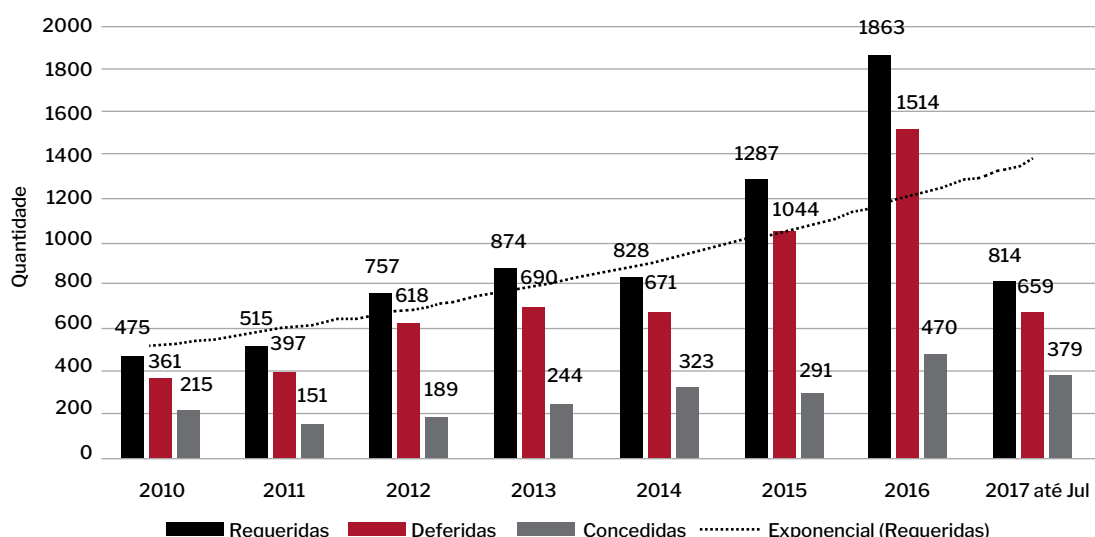
Assim, a necessidade de revisitar e aperfeiçoar a recuperação de empresas é preocupação comum em diferentes ordenamentos jurídicos, e, ao menos em nosso país, o

¹ Recentemente, foi anunciada pelos jornais a motivação do Executivo para a modificação das previsões legais relativas à recuperação de empresas.

Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,projeto-tenta-facilitar-saida-de-empresas-do-processo-de-recuperacao-judicial,70002031507>>.

² O conteúdo da proposta encontra-se disponível em: <http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-48/proposal_40046.pdf>.

Gráfico 1 Recuperação Judicial - Evolução desde 2010



Fonte: Serasa Experian

Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm>

contexto que envolve ainda elementos como abarrotamento do Judiciário, extensões territoriais continentais e o cenário apresentado pelo Gráfico 1 soma-se à importância dos resultados desses processos para o mercado. Tudo isso instiga respostas inovadoras.

A busca pela eficiência processual para o alcance da finalidade pretendida passa pelo aprimoramento do uso de métodos adequados de solução de conflitos, como a arbitragem e, sobretudo, com as inovações endoprocessuais, a mediação, além de soluções consensuais de conflitos.

Assim, a modernização da legislação processual e a evolução da regulamentação desses mecanismos integram os processos de insolvência ao modelo de justiça denominado “tribunal multiportas”, cujas bases foram capitaneadas pelo professor Frank Sander, da Escola de Direito de Harvard, na famosa *Pound Conference*, em abril de 1976, quando magistrados e especialistas reuniram-se para debater suas preocupações quanto à eficiência e equidade dos sistemas judiciais e suas insatisfações com a administração da justiça. Em seu discurso sobre as causas da

insatisfação popular com relação a este tema, que é hoje abstraído em diferentes textos legais no Brasil, Sander falou sobre a variedade de processos de resolução de disputas – as múltiplas portas. Tal modelo se orienta pela questão, gestão e determinação do uso, dentre os vários mecanismos de solução de conflitos existentes, do mais adequado a cada caso tanto no que diz respeito à satisfação dos interesses das partes³ quanto ao atendimento à finalidade do sistema de justiça.

Esse movimento tem se refletido na prática dos tribunais. A consequência dessa nova sistemática processual é identificada com propriedade na obra do ministro do Superior Tribunal de Justiça Luis Felipe Salomão e do professor Paulo Penalva Santos, que, dando integralidade ao sistema jurídico, constatam a resolução adequada de conflitos na via recuperacional de empresas em dificuldades:

“A lei nº 11.101/2005 consolidou a cultura de segunda oportunidade – não só envolvendo a recuperação extrajudicial, mas também a possibilidade não vetada de obtenção de pactos para recuperação de créditos e elaboração do plano de recuperação – e há pouco tempo o Brasil acolheu o impacto de uma cultura de solução consensual de conflitos com o marco regulatório da Mediação – lei nº 13.140/2015 – e com o Código de Processo Civil de 2015 (lei nº 13.105), que a integra ao procedimento comum”.⁴

3 Sander, Frank E. A.; Rozdeicz, Lukasz. Matching Cases and Dispute Resolution Procedures: Detailed Analysis Leading to a Mediation-Centered Approach. Harvard Negotiation Law Review, vol. 11, p. 1, 2006. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=904805>>.

Para consulta e referência em língua portuguesa: Almeida, Rafael Alves de; Almeida, Tania; Crespo, Mariana Hernandez. Tribunal Multiportas: Investindo no Capital Social Para Maximizar o Sistema de Solução de Conflitos no Brasil. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf;sequence=1>>.

4 Salomão, Luis Felipe; Penalva, Paulo. Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: Teoria e Prática. 3ª edição. Grupo GEN. Editora Forense, p. 361, 2017.

A pertinência e a relevância da implicação desses mecanismos no processo de recuperação de empresas são abordadas nos enunciados seis sobre arbitragem e 45 sobre mediação e conciliação, ambos aprovados na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, em 2016. Enquanto o enunciado seis assevera que o processamento da recuperação judicial ou a decretação da falência não autorizam o administrador judicial a recusar a eficácia da convenção de arbitragem, não impedem a instauração do procedimento arbitral, nem o suspendem, o enunciado 45 estipula que a mediação e a conciliação são compatíveis com a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, bem como em casos de superendividamento, desde que observadas as restrições legais.

É assim, portanto, que a nova lógica processual e de solução adequada de conflitos se insere nos contornos da legislação pertinente à recuperação de empresas.

A RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E O MICROSSISTEMA DE MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Propagada pela professora Ada Pellegrini em um dos tantos ensinamentos que deixou ao direito processual brasileiro, a visão de um microssistema de métodos alternativos de solução de conflitos integraria o Código de Processo Civil de 2015, a lei nº 13.140, do mesmo ano, conhecida como Lei de Mediação, e a Lei de Arbitragem (lei nº 9.307), de 1996, reformada recentemente, também em 2015, pela lei nº 13.129. Em complemento à legislação, assume papel importante a resolução nº 125

do Conselho Nacional de Justiça, assim como as já mencionadas interpretações emanadas da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Conflitos.

Ainda que esses mecanismos sejam endereçados a todo tipo de disputa, eles encontram terreno fértil no campo da recuperação de empresas, porquanto possuem forte aspecto negocial e, em comum, são orientados pela autonomia da vontade, pela perspectiva de solução de problemas, e não pela mera subsunção da norma. Naturalmente, o complexo processo negocial entre as múltiplas partes envolvidas busca satisfação dos interesses dos credores, ao tempo em que protegem a função social da empresa.

O advogado e professor Ronaldo Vasconcellos indica, em tese apresentada à Faculdade de Direito do Largo São Francisco, assim como em artigo recente, que o uso da me-

dição e da governança corporativa validam a ação de recuperação judicial de empresas como método de trabalho para o soerguimento da empresa e até mesmo para tornar mais eficiente sua eventual liquidação. Na linha da eficiência da aplicação da mediação em processos dessa natureza, o mesmo autor afirma:

“Por meio da mediação e da governança corporativa, fomenta-se a instituição de um produtivo fluxo de informações entre os sujeitos do processo, dentro e fora do procedimento, impedindo a consubstanciação da indesejada situação de “assimetria de informações” e impondo que todos os sujeitos do processo sejam colocados em contato com o projeto de plano



“O uso da mediação, da arbitragem e de outros mecanismos adequados à resolução de conflitos podem ser acolhidos em diversos momentos e etapas do processo de recuperação – em uma visão mais arrojada, podem auxiliar até mesmo na fase de liquidação.”

de recuperação logo após a distribuição do pedido”.⁵

O processo de recuperação se orienta, essencialmente, por sua base negocial, voltada à autonomia da vontade dos atores. Buscando dar contornos práticos a essas inovações, a advogada Ana Tereza Basilio sugere a inserção de cláusula de mediação no próprio plano de recuperação, dada a natureza da maior parte dos interesses em conflito ali implicados:

“Como visto, a mediação tem cabimento em todos os conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou mesmo sobre direitos indisponíveis que admitam transação, dependendo, quanto a este último, de homologação judicial, com a prévia oitiva do Ministério Público. No caso de conflitos decorrentes do plano de recuperação judicial, esse requisito é plenamente observado, já que, em regra, as discussões ficam restritas a direitos pecuniários dos credores da empresa devedora”.⁶

Assim, o uso da mediação, da arbitragem e de outros mecanismos adequados à resolução de conflitos podem ser acolhidos em diversos momentos e etapas do processo de recuperação – em uma visão mais arrojada, podem auxiliar até mesmo na fase de liquidação.

A arbitragem, como método extrajudicial mais consolidado na prática nacional e internacional, é de uso comum na solução de conflitos societários, por exemplo, o que, em diversas vezes, impacta os processos de

⁵ Vasconcelos, Ronaldo. A mediação na recuperação judicial: compatibilidade entre as Leis nºs. 11.101/05, 13.015/15 e 13.140/15. In: Dez anos da Lei 11.101/2005 – Estudos sobre a Lei de Recuperação e Falência, por Sheilla C. Neder Cerezetti e Emanuelle Urbano Maffioletti. Editora Almedina.

⁶ Basilio, Ana Tereza. A possibilidade de inclusão de cláusula de mediação em plano de recuperação judicial. Publicado em 24/09/2016. Disponível em: <<https://jota.info/especiais/possibilidade-de-inclusao-de-clausula-de-mediacao-em-plano-de-recuperao-judicial-24092016>>.

recuperação. Interessante parece ser a convivência no sistema de justiça desses três mecanismos – processo judicial, arbitragem e mediação. Entre os dois primeiros, a relação com a legislação vigente há mais de 20 anos já é bastante trabalhada em sede jurisprudencial. Entretanto, é com o lançar mão da terceira via, ou seja, de um processo consensual, na verdade complementar aos dois primeiros, como é caso da mediação, que a prática recente oportunizou uma análise interessante.

No contexto do conflito de competência nº 148728 – RJ (2016/0240985-3), de relatoria do ministro Marco Buzzi, houve um interessante debate de teses que redundou no posicionamento do Superior Tribunal de Justiça pela competência do juízo onde corre o processo de recuperação judicial ainda quando existente e válida cláusula compromissória no Estatuto da Companhia. Contudo, interessante, no caso, é que a disputa havia sido encaminhada à mediação, mecanismo que, por fim, prestigia ao máximo a autonomia das partes.

Dessa forma, se a interação entre arbitragem e processo de recuperação da sociedade empresária é mais comum, a mediação, por sua vez, inserida apenas no fim de 2015 no ordenamento brasileiro, passa a ser um novo instrumento, que tem sido experimentado com sucesso em grandes tribunais.⁷ O interessante é que, diferentemente da arbitragem, a mediação é complementar à atuação jurisdicional do magistrado e pode ocorrer tanto no plano judicial quanto no extrajudicial. Somente no último ano, alguns importantes precedentes apareceram nos tribunais, inclusive com grandes projetos de facilitação

de acordos com credores, que criam espaço para programas customizados de solução adequada de conflitos.

Os bons ventos da mediação também têm aberto o caminho para o uso de outros meios consensuais, como a conciliação e a resolução *online* de disputas, quando as características dos conflitos tenham nessas formas o tratamento mais adequado.

Além de ajustar a complexidade e o custo de transição do método ao conflito e promover maior adequação e democratização da participação nos processos recuperacionais, o uso de métodos baseados em consenso possui outros benefícios para as empresas em recuperação e para o alcance da finalidade jurisdicional que baseia a condução desse processo.

Sob o ponto de vista da empresa, algumas vantagens são claras com o uso de processos baseados na autonomia da vontade, sobretudo os consensuais, como a mediação, a conciliação e certos instrumentos *on-line* de *dispute resolution* para solução de conflitos, tais como:

- Credibilidade: a recuperação da empresa passa pela recuperação da sua credibilidade no mercado quanto ao cumprimento de obrigações assumidas. Ao iniciar um programa planejado de solução negociada com os credores, são evitadas maiores consequências da insegurança do mercado ante uma possível liquidação.
- Imagem: ante a insolvência, em não raras vezes, a empresa deixa de arcar com obrigações até mesmo com parceiros primordiais para seu soerguimento, como fornecedores, colaboradores, empregados, financiadores e até usuários de seus produtos ou serviços, quando, por exemplo, houver obrigações indenizatórias de consumidores.

⁷ Notícias apontam para o uso de mediação em processos de recuperação judicial em julgados recentes, a exemplo de:
São Paulo: <<http://www.valor.com.br/legislacao/5059814/justica-permite-conciliacao-entre-empresa-em-recuperacao-e-credores>>;
Rio de Janeiro: <<http://www.valor.com.br/empresas/4813595/juiz-autoriza-mediacao-entre-oi-e-credores-com-divida-de-ate-r-50-mil>>.

- Gestão relacional: a depender do tamanho da empresa e da capilaridade de suas operações, é possível até mesmo que alguns desses atores nem tenham conhecimento da sua situação de insolvência, assim como é possível que, para alguns desses atores, os valores implicados não suportem os custos de participação em um processo. Dessa forma, a imagem abalada de uma empresa que não arca com suas obrigações por ser melhorada com a oportunidade de comunicação transparente e direta, com a devida explicação dos projetos para recuperação da empresa e, sobretudo, com a justificação de propostas ou previsões do plano de recuperação. Assim, com a solução consensual de conflitos, não é solucionado somente o problema do crédito, mas também da imagem de empresa má pagadora. Afinal, imagine-se um credor da empresa recuperanda que é, ao mesmo tempo, seu empregado.

Como considerações finais, é aplicável e recomendável o uso de mecanismos adequados de solução de conflitos, como mediação e arbitragem, raciocínio que já tem frutificado na prática, com atuações inovadoras e exitosas no curso de processos de recuperação judicial de empresas em dificuldades que requerem atenção e agilidade, para que a finalidade dos processos seja alcançada.

Além disso, o uso dessas ferramentas, sobretudo com a abertura para a inserção de tecnologia e desenhos de processos construídos sob medida, promove uma série de vantagens no âmbito da imagem, credibilidade e reorganização para as empresas, objetivos que são totalmente alinhados com a busca por sua reestruturação.

Afinal, como adverte a letra poética de Mário Quintana em “Canção do dia de sempre”: “nunca dê um nome a um rio: sempre é outro rio a passar. Nada jamais continua, tudo vai recomçar”. Naturalmente, não se quer recuperar uma empresa para que siga o mesmo caminho percorrido, ou seja, aquele que a levou a beirar a insolvência, mas, sim, um novo, reestruturado, reorganizado e eficiente. Assim não fosse, não atenderia à sua função social. Cria-se, então, um novo caminho, atento às inovações processuais e tecnológicas, que permita uma nova vida saudável à atividade empresarial.



“ NATURALMENTE, NÃO SE QUER RECUPERAR UMA EMPRESA PARA QUE SIGA O MESMO CAMINHO PERCORRIDO, OU SEJA, AQUELE QUE A LEVOU A BEIRAR A INSOLVÊNCIA, MAS, SIM, UM NOVO, REESTRUTURADO, REORGANIZADO E EFICIENTE. ”

A APLICABILIDADE DOS MEIOS EXTRAJUDICIAS NA RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL

No Brasil, a promulgação de leis que incentivam os meios extrajudiciais de solução de conflitos, nos últimos anos, tem aberto mais espaço para o uso da negociação, conciliação, mediação e arbitragem. A partir desse panorama mais amplo, Marcus Vinicius Furtado Coêlho reflete sobre a recuperação de empresas pela via extrajudicial, apontando as especificidades dessa prática e os benefícios agregados ao processo.

MARCUS VINICIUS FURTADO COÊLHO

Presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da OAB

Bacharel em direito pela Universidade Federal do Piauí, com pós-graduação em direito processual pela Universidade Federal de Santa Catarina e doutorado na Espanha pela Universidade de Salamanca. Foi presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e membro da Comissão do Senado Federal, que elaborou o novo Código de Processo Civil. Atualmente, é presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da OAB, além de advogado e professor.

A recuperação empresarial é um instituto inovador para o direito brasileiro, implantado pela lei nº 11.101/2005 e projetado para substituir a concordata como instrumento de soerguimento das empresas em crise. Regulada pelo decreto-lei nº 7.661/1945, a concordata era um ato processual no qual o devedor, mediante juízo, propunha um meio de pagamento aos credores, com o objetivo de se evitar a decretação de falência. Entretanto, a nova realidade econômica brasileira tornou a concordata obsoleta, exigindo mecanismos mais flexíveis para a administração das sociedades em dificuldade financeira.

A demanda foi suprida pela lei de 2005 que, ao disciplinar a recuperação de empresas nas modalidades judicial e extrajudicial, estabeleceu soluções mais eficientes para as situações de insolvência no mundo empresarial. Em suma, esses institutos almejam ofertar um leque de possibilidades legais para a manutenção do potencial econômico da empresa. Caso for mantida a saúde financeira, a empresa poderá continuar produzindo riquezas, preservando empregos e recolhendo tributos, cumprindo, portanto, o seu papel social, determinado pelo princípio constitucional da função social da empresa.

O instituto da recuperação também envolve o interesse dos credores da empresa, porquanto todos anseiam que ela ganhe saúde econômica e honre os débitos atrasados.

É o grau de envolvimento dos credores no processo que determina a adoção da recuperação na modalidade judicial ou extrajudicial. Na recuperação judicial, a empresa propõe uma ação judicial, que será a instância apropriada para a resolução das controvérsias que possam surgir, sem participação prévia dos credores. Enquanto na recuperação extrajudicial, a empresa e os credores habilitados a fazê-lo estabelecem uma negociação prévia, que posteriormente é homologada em juízo.

A recuperação extrajudicial é uma solução mais rápida, mais barata e menos burocrática do que a recuperação judicial. Por envolver uma solução consensual entre as partes, a atuação incisiva do Judiciário é dispensável e, o soerguimento da empresa, facilitado. A recuperação judicial raramente é alvo de concordância entre os envolvidos, podendo resultar em litígios que demandam tempo e recursos, gerando insegurança no processo de recuperação e atrasando-o.

O sistema jurídico deve conferir eficácia ao princípio da preservação da empresa e, desse modo, tentar aproximar, pelos meios legais possíveis, a recuperação judicial da relativa simplicidade própria da recuperação extrajudicial. Essa aproximação é praticável pelo uso de meios extrajudiciais de resolução de conflitos, na medida em que atuam como vetores facilitadores na resolução dos complexos litígios abarcados pela insolvência empresarial.

OS MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

Até pouco tempo, o ordenamento jurídico brasileiro era orientado exclusivamente para a resolução de conflitos por meio do método judicial tradicional. Geralmente, isso significa um litígio prolongado, que envolve diversos atores da cadeia judicial e causa insatisfação nas partes, devido à demora para a prestação judicial definitiva. A título de exemplo, cita-se o Relatório Justiça em Números,

de 2017, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, que aponta a existência de 79,7 milhões de processos em tramitação no Judiciário brasileiro ao final de 2016 (Tabela 1).

Por isso, nos últimos anos, ganharam destaque as chamadas formas extrajudiciais – ou alternativas – de resolução dos conflitos que, por sua eficiência e rapidez em relação ao processo judicial tradicional, vêm sendo perseguidas como objetivo de um Poder Judiciário que efetivamente cumpra o princípio da razoável duração do processo, expressamente insculpido na Carta Magna.

Tabela 1 Relatório Justiça em Números 2017 – Litigiosidade

	CASOS NOVOS	JULGADOS	BAIXADOS	CASOS PENDENTES
	Movimentação Processual			
Justiça Estadual	19.787.004	22.153.891	20.671.340	63.093.494
Justiça do Trabalho	4.262.444	4.320.162	4.197.239	5.394.420
Justiça Federal	3.801.911	3.014.162	3.417.781	10.044.143
Justiça Eleitoral	972.032	649.503	587.972	438.745
Justiça Militar Estadual	3.581	4.858	4.823	3.093
Auditorias Militares da União	1.687	1.261	1.123	1.964
Tribunais Superiores	522.486	619.207	547.262	687.037
TOTAL	29.351.145	30.763.044	29.427.540	79.662.896

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (adaptação)

A prática e a lei demonstram que há quatro métodos alternativos principais utilizados na resolução de litígios:

- **Negociação:** ocorre quando as próprias partes negociam diretamente a solução do conflito, sem a interferência de um terceiro. É o método mais corriqueiro no dia a dia, sendo utilizado na fase inicial da recuperação extrajudicial.
- **Mediação:** caracteriza-se pela escolha de um terceiro, o mediador, que irá ajudar na solução do conflito, ao atuar como um facilitador, para que as próprias partes cheguem a uma solução.
- **Conciliação:** assemelha-se à mediação e também implica a escolha de um terceiro, o conciliador, que atuará como facilitador entre as partes. Porém, o conciliador possui um poder maior que o mediador e pode sugerir soluções para o conflito.
- **Arbitragem:** ocorre pela escolha de um árbitro em comum acordo pelas partes – geralmente um especialista na matéria – que, após a análise do caso, emite uma sentença arbitral vinculante às partes. Nos outros métodos, a decisão do litígio é fruto da vontade direta das partes e, por isso, são classificados como métodos de auto-composição. Na arbitragem, o litígio é decidido por um terceiro, logo é um método de heterocomposição.

A escolha do método adequado para cada situação deve ponderar fatores como complexidade da matéria, grau de litigiosidade das partes e o tipo de direito que se encontra em discussão. Dessa forma, a um casal recém-separado que litiga por bens de pequeno valor recomenda-se a mediação, enquanto uma disputa entre empresas sobre matéria complexa que envolva direitos patrimoniais disponíveis o método mais apropriado será a arbitragem.

A recuperação extrajudicial está afeita, principalmente, ao âmbito da negociação inicial entre credores e devedor, restando poucos questionamentos quanto ao seu uso. Devido à complexidade e relativa contemporaneidade do tema, dúvidas podem cercar o uso dos métodos extrajudiciais na recuperação judicial. No entanto, a aplicação desses mecanismos encontra-se em conformidade com o ordenamento jurídico-constitucional, integrando uma tendência de desjudicialização dos conflitos.

O USO DOS MEIOS CONSENSUAIS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O Novo Código de Processo Civil reorientou o mundo jurídico na tentativa de fortalecer a legitimidade dos meios alternativos de solução dos conflitos. Ao estabelecer a promoção desses mecanismos como dever do Estado, a nova lei processual estimulou a política judiciária, que visa à desafogar os tribunais brasileiros e garantir maior satisfação às partes em conflito. Logo, permiti-los no âmbito da recuperação judicial significa conformar o direito empresarial com a nova visão que permeia o processo civil brasileiro.

Eventuais inquietações com relação a aspectos como a eficácia e a operabilidade dos meios alternativos de solução dos conflitos, especialmente nos processos de maior complexidade e com maior número de interessados, devem ser sanadas a partir da observância dos parâmetros legais que regem o assunto.

Em que pese o silêncio da lei nº 11.101/2005 acerca da aplicação dos meios consensuais na recuperação judicial, a legislação que integra o microsistema dos métodos extrajudiciais é suficiente para dirimir essa questão.

A lei nº 13.140/2015 (da mediação) e a lei nº 9.307/1996 (da arbitragem) possibilitam expressamente o uso de métodos extrajudiciais em conflitos que versem sobre direitos disponíveis e, inclusive, os indisponíveis que admitam transação, no caso da mediação.

Os diplomas legais também dispõem acerca da eficácia desses mecanismos, enunciando que o termo final do procedimento

de mediação, quando alcançado o consenso entre as partes, constitui título executivo extrajudicial e, se homologado judicialmente, título executivo judicial. Por sua vez, a sentença arbitral produz os mesmos efeitos de uma sentença judicial e, portanto, constitui título executivo judicial.

A análise desse microsistema legal (Quadro I) complementa a constatação de que a

Quadro 1 Microsistema dos métodos alternativos de resolução dos conflitos

Lei nº 13.140/2015:

Art. 3º. Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

Art. nº 20. O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes.

Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.

Lei nº 9.307/1996:

Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Art. nº 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Lei nº 13.105/2015 (Novo CPC):

Art. 3º. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Art. nº 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

II - a decisão homologatória de autocomposição judicial;

III - a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza;

VII - a sentença arbitral;

I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal:

Enunciado nº 6: “O processamento da recuperação judicial ou a decretação da falência não autoriza o administrador judicial a recusar a eficácia da convenção de arbitragem, não impede a instauração do procedimento arbitral, nem o suspende.”

Enunciado nº 45: “A mediação e conciliação são compatíveis com a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, bem como em casos de superendividamento, observadas as restrições legais.”

lei nº 11.101/2005 não impõe qualquer impeditivo para a adoção das soluções alternativas na recuperação judicial. Além de não haver proibição expressa, o que indica legalidade no âmbito do direito privado, encontram-se aspectos permissivos quando é realizada uma interpretação sistêmica do ordenamento jurídico. Resposta semelhante foi encontrada pelo Conselho da Justiça Federal, que já emitiu enunciados nesse sentido.

É notável que a própria natureza dos meios alternativos importe na mínima intervenção judicial, pois a ingerência do juízo é incompatível com a condução dos procedimentos nesses métodos. Especialmente na fase preliminar, não deve o juízo exercer controle prévio de legalidade, por exemplo, traçando parâmetros a serem seguidos pelos credores e pela empresa recuperada. O magistrado deve ser instado a agir apenas em casos de manifesta ilegalidade, verificando, posteriormente ao procedimento, se há concordância do que foi decidido com os princípios da lei nº 11.101/2005.

A intervenção judicial também é necessária em caso de inobservância espontânea do que fora acordado, visto que o árbitro e o mediador não detêm autoridade para o cumprimento daquilo que fora decidido com seu auxílio. Haverá obrigação de promover o processo executivo em caso de resistência da parte contrária. Ressalta-se que a atuação dos credores em métodos de solução alternativos não põe em risco o interesse público associado ao processo de recuperação judicial. Ao contrário, provê mais uma instância de defesa para que a empresa defenda seus direitos e, reflexamente, o direito dos demais interessados na recuperação judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

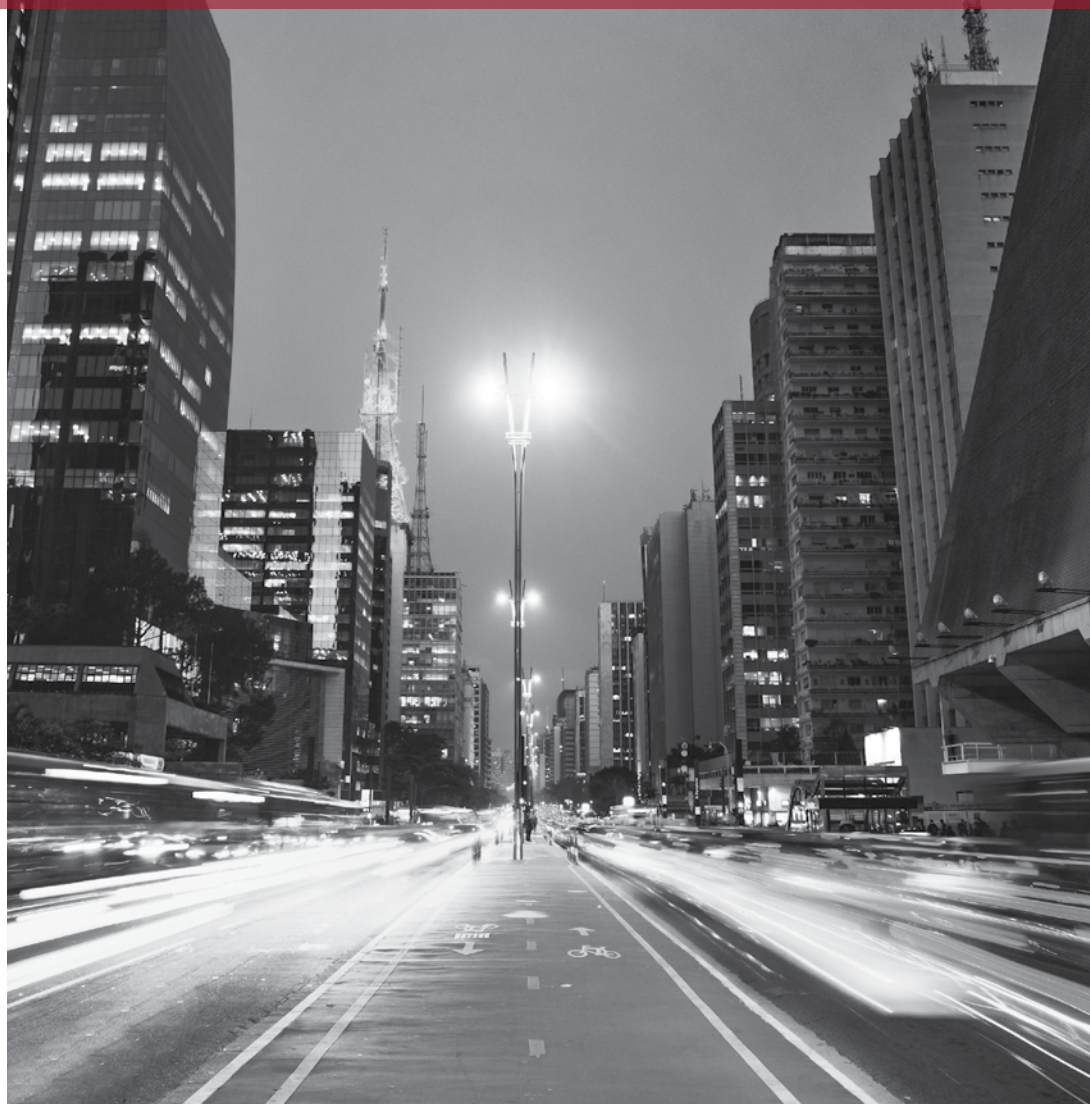
A possibilidade do emprego de soluções alternativas em eventuais divergências que surjam no contexto da recuperação judicial significa um avanço para o ambiente empresarial no país. O encerramento rápido de um litígio implica economia de tempo e recursos, normalmente envolvidos em um processo judicial próprio para discutir a questão. No contexto do atribulado sistema judiciário brasileiro, muitos processos incidentais podem ser substituídos por algumas sessões de mediações.

Considerando que o objetivo central da recuperação judicial é o soerguimento da empresa, utilizar meios que dirimam os conflitos de forma tempestiva auxiliará no processo de recuperação. Os administradores focariam exatamente no fortalecimento da empresa, e não em incontáveis contendas com partes interessadas num processo que, na maioria das vezes, demonstra-se complexo e disputado.

Os métodos consensuais de resolução de conflito fortalecem a lei nº 11.101/2005, ao auxiliar na manutenção das relações econômico-financeiras travadas pela empresa e, portanto, no exercício da função social que protege desde os empregados até a cadeia de contratos que foram firmados.

O avanço do tema na agenda do mercado empresarial deve sensibilizar o legislador a propor soluções legais que facilitem o uso de métodos consensuais. Particularmente, os debates sobre o projeto de lei que visa à reformar a lei nº 11.101/2005 devem abarcar o tema, de modo a inserir previsões expressas para a utilização dos métodos consensuais. Assim, o legislador prestaria uma grande contribuição à segurança jurídica, a partir do uso dos meios alternativos, estimulando a sua prática no ambiente corporativo.

“ CONSIDERANDO QUE O OBJETIVO CENTRAL DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL É O SOERGIMENTO DA EMPRESA, UTILIZAR MEIOS QUE DIRIMAM OS CONFLITOS DE FORMA TEMPESTIVA CERTAMENTE AUXILIARÁ NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO. ”



MEDIAÇÃO NO ÂMBITO DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA DE EMPRESAS

Arnoldo Wald Filho e Samantha Mendes Longo tratam, neste artigo, do uso da mediação em processos de recuperação judicial e falência de empresas. Segundo os autores, na busca por uma solução negociada para superar a situação de crise, a mediação, por ser um método colaborativo de resolução de conflitos, emerge como uma via propícia para aproximar credores e a empresa recuperanda. Além disso, é um procedimento ágil, que prima pela satisfação de todos os envolvidos, favorecendo a celeridade, a eficiência e a economia processual.

ARNOLDO WALD FILHO

Presidente da Comissão Especial de Falências e Recuperação Judicial do Conselho Federal da OAB

Formou-se em direito pela Universidade Cândido Mendes, com capacitação em mediação pela Harvard Law School, nos Estados Unidos. É presidente da Comissão Especial de Falências e Recuperação Judicial e da Comissão de Mediação e Conciliação, ambas do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Também atua como advogado e mediador.

SAMANTHA MENDES LONGO

Presidente da Comissão de Relação com o Poder Judiciário da OAB, seccional do Rio de Janeiro

Graduada em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com mestrado em direito empresarial pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais do Rio de Janeiro. É advogada e presidente da Comissão de Relação com o Poder Judiciário da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), seccional do Rio de Janeiro, além de membro-consultora da Comissão Especial de Falências e Recuperação Judicial do Conselho Federal da OAB.

A MEDIAÇÃO NO BRASIL

A pesar de a mediação ser uma atividade inerente ao convívio social e, por isso, ancestral, sua profissionalização é um fenômeno extremamente recente, sobretudo no Brasil.

Até o final do século passado, não somente a mediação, mas todos os chamados métodos alternativos de solução de conflitos, eram pouco difundidos em nosso país – incluindo as arbitragens, que eram raríssimas e mais comuns no âmbito internacional. As sessões de conciliação, que nem mereciam ser chamadas de mediação, eram encaradas como simples etapa burocrática do processo judicial, como uma mera audiência, onde o próprio juiz (ou algum serventuário por ele designado) indagava, despretensiosamente, se as partes tinham interesse em fazer um acordo, antes de dar continuidade ao litígio. A quase totalidade dos conflitos no Brasil era jurisdicionalizada.

Nos últimos 30 anos, porém, o país mudou muito. A população cresceu e a economia brasileira chegou a se tornar a sétima do mundo em termos de Produto Interno Bruto nominal (embora hoje tenha caído, devido à forte crise que vem enfrentando, para a nona posição). O país também se abriu para o comércio externo, incrementando antigas parcerias comerciais (com os Estados Unidos

e a Europa) e criando novas (com a China e os países do Mercosul).

Não apenas a população e a economia brasileira cresceram nas últimas décadas, como também, após a restauração do Estado de Direito no fim da década de 1980 (depois de várias décadas sob regime ditatorial militar), o próprio sistema jurídico brasileiro passou a ser, como um todo, profundamente renovado. Aprovamos uma nova Constituição, um novo Código de Defesa do Consumidor, um novo Código Civil, um novo Código de Processo Civil, entre diversos outros marcos regulatórios.

Nesse cenário de crescimento social e econômico e de mudanças, o Poder Judiciário brasileiro tornou-se absolutamente congestionado. Passou a levar 10, 20 ou até 30 anos para se decidir uma disputa. Em 2015, por exemplo, de acordo com o Relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), existiam aproximadamente 102 milhões de casos pendentes em nossos tribunais – o que representa mais ou menos um para cada dois brasileiros.¹ O Poder Judiciário tornou-se, na prática, absolutamente incapaz de fazer face ao número excessivo de casos aportados a cada ano. Em meados da década de 1990,

¹ Conselho Nacional de Justiça, Relatório Justiça em Números 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 02/04/2017, às 13h15.

foi dado um importante passo na busca de alternativas para superar a crise da Justiça, com a aprovação da Lei da Arbitragem. Àquela época, porém, a constitucionalidade de tal diploma chegou a ser questionada, receando-se haver restrição ao direito fundamental de acesso à Justiça, previsto na Constituição. Apenas em 2001, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu, definitivamente, a constitucionalidade da nova legislação.²

Foi apenas nesse início de século, portanto, que a arbitragem passou a se difundir no Brasil, dando início, paulatinamente, à mudança da mentalidade que imperava no país, segundo a qual o reconhecimento e a concretização do direito somente ocorrem por meios judiciais.

Beneficiando-se de uma abordagem favorável das cortes brasileiras e do desenvolvimento de uma comunidade de *experts* na área, a arbitragem é hoje, no Brasil, largamente utilizada para solucionar conflitos de naturezas diversas, notadamente disputas comerciais complexas. Muitas câmaras privadas de arbitragem foram criadas no país e o mercado de trabalho para profissionais, advogados e árbitros, sofreu – e vem sofrendo até hoje – uma enorme expansão.

Entretanto, o problema da crise de acesso à Justiça, evidentemente, não seria – como

efetivamente não foi – solucionado apenas pela arbitragem. Apesar de ter sido uma experiência importante, verdadeiro divisor de águas, os tribunais brasileiros ainda não conseguem atender às necessidades da crescente e complexa estrutura econômica e social do país.

De acordo com o já citado Relatório Justiça em Números do CNJ, em 2015, o acervo de processos continuava aumentando. Nos últimos anos, o número de processos no Brasil, que já era enorme, aumentou 19,4%. Nesse cenário, concluiu o relatório textualmente:

“Dessa forma, mesmo que o Poder Judiciário fosse paralisado sem ingresso de novas demandas, com a atual produtividade de magistrados e servidores, seriam necessários aproximadamente 3 anos de trabalho para zerar o estoque”.³

A crise no Poder Judiciário levou ao reconhecimento da necessidade de se superar a cultura do litígio (seja judicial ou arbitral), fortalecendo mecanismos consensuais de resolução de disputas – notadamente a mediação e a conciliação. Em outras palavras, nos fez reconhecer que, para dar efetividade ao direito de acesso à Justiça (art. n° 5, XXXV, da Constituição Federal), na aceção de acesso à ordem

² STF, SE 5206 AgR, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30.4.2004, p. 29.

³ Justiça em Números 2016, ano-base 2015 – Relatório Analítico, p. 42. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>.

“ O CNJ tem, assim, buscado implementar no Brasil um sistema público de conciliação e mediação, em moldes similares aos já existentes em outros países, dando ênfase às técnicas e ao procedimento a ser seguido nas sessões. Também tem cuidado do treinamento dos mediadores, exigindo que os profissionais cadastrados passem por um rigoroso treinamento, teórico e prático, em técnicas de negociação e mediação. ”

jurídica justa e a soluções efetivas, precisamos superar a cultura do litígio e substituí-la pela do diálogo e da negociação.

Foi assim que, num primeiro momento, em meados de 2006, foi instituído pelo CNJ o Movimento para a Conciliação, que organizou mutirões de autocomposição dos conflitos nos diversos tribunais. Pouco tempo depois, o CNJ deu um passo ainda maior: concebeu a chamada Política Pública de Resolução Apropriada de Disputas, que restou espelhada na Resolução nº 125/2010.

A referida Resolução foi de suma importância nessa mudança cultural, que vem alcançando os mecanismos consensuais à condição de métodos prioritários para a solução dos conflitos de interesse. Tal norma teve por objetivos prioritários (declarados em seus arts. nº 2 e 4): estimular a prestação de serviços autocompositivos e incentivar os tribunais a organizarem e planejarem programas amplos de autocomposição.

Na implementação do segundo objetivo acima listado, a Resolução previu que os tribunais deveriam criar os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemecs). Estes núcleos – órgãos onde se desenvolve a política judiciária local de resolução apropriada de disputas – são compostos por magistrados e servidores, com a atribuição de, sobretudo, planejar, implementar, manter e aperfeiçoar as ações voltadas ao cumprimento da política e suas metas, além de incentivar ou promover a capacitação, o treinamento e a atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores, quanto aos métodos consensuais de solução de conflitos (art. nº 7 da Resolução nº 125/2010, do CNJ).

A Resolução nº 12/2010 também criou os Centros Judiciários de Solução de Conflito e

Cidadania (Cejuscs), unidades responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação. Os Cejuscs, na realidade, nada mais são que câmaras públicas, onde as partes, – antes, durante ou depois de um processo judicial –, têm a oportunidade de solucionar o conflito, mediante conciliação ou mediação.

O CNJ tem, assim, buscado implementar no Brasil um sistema público de conciliação e mediação, em moldes similares aos já existentes em outros países, dando ênfase às técnicas e ao procedimento a ser seguido nas sessões. Também tem cuidado do treinamento dos mediadores, exigindo que os profissionais cadastrados passem por um rigoroso treinamento, teórico e prático, em técnicas de negociação e mediação.

Após a adoção dessa política pública no âmbito do Poder Judiciário, o Poder Legislativo também passou a prestigiar a mediação e a conciliação, aprovando dois diplomas importantíssimos nos últimos anos.

O primeiro diploma foi o novo Código de Processo Civil (CPC) – lei nº 13.150 de 2015 –, que prestigiou política de incentivo à autocomposição, que já vinha sendo adotada. O CPC não apenas reafirmou regras já existentes, mas também avançou no tratamento do tema, estabelecendo, por exemplo, que, em todo processo cível, deve ser realizada uma audiência de conciliação ou mediação, salvo se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual – com exceção, claro, de procedimentos que não admitem a autocomposição (art. nº 334, § 4º). O novo CPC também previu que o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência deve ser considerado ato atentatório à dignidade da Justiça, que deve ser sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendi-

da, revertida em favor da União ou do Estado (art. nº 334, § 8º).

O segundo diploma diz respeito à Lei da Mediação – lei nº 13.140 de 2015 –, que disciplinou a mediação entre particulares e também a autocomposição dos conflitos que envolvam entes públicos.

Esses dois novos diplomas legais, aliados às práticas que já estavam sendo conduzidas nos últimos anos, deram o impulso que faltava para a implementação da cultura da mediação do Brasil.

O PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A lei nº 11.101/2005 constitui o marco regulatório da recuperação judicial, extrajudicial e falência das sociedades empresárias. Dispõe o art. nº 47 da referida lei:

“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 de emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

Nesse sentido, a fim de que se possam obter os benefícios sociais e econômicos que decorrem da recuperação da empresa, aponta Daniel Carnio Costa, juiz titular da 1ª Vara de Falência e Recuperação Judicial do Foro Central da Comarca de São Paulo, que o novo modelo de recuperação judicial brasileiro “tem como seu fundamento básico a divisão equilibrada de ônus entre devedor e credores”.⁴

4 Fonte: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/teoriada-distribuicao-equilibrada-dos-onus-na-recuperacao-judicial-da-empresa/12371>>.

Tal divisão, como é notório, envolve um longo processo de negociação entre as diversas partes do processo, sob a tutela do Poder Judiciário, em busca de uma solução negociada para a superação da crise da empresa, de modo a serem preservados os benefícios decorrentes da manutenção da sua atividade.

Com efeito, o processo de recuperação judicial se desenvolve em três fases distintas: fase postulatória (ingresso em juízo); fase deliberativa (apresentação, aprovação e homologação do plano de recuperação judicial); e fase executória (execução do plano aprovado pelos credores e homologado pelo Juízo).

Na fase inicial, em apertada síntese, a empresa recuperanda, ao distribuir a petição inicial de recuperação judicial, deve apresentar o rol de documentos exigidos pelo art. nº 51 da LRF (demonstrativos contábeis, rol de credores, relação de empregados, relação de bens etc.), bem como demonstrar, ao juiz, a viabilidade econômica da sociedade e, por conseguinte, sua incapacidade, ainda que momentânea, de insolvência.

Deferido o processamento da recuperação e cumpridas as formalidades constantes do art. nº 52 da LRF – dentre as quais a nomeação do administrador judicial, a determinação de suspensão das ações e execuções em face da recuperanda e a intimação do Ministério Público –, inicia-se a *fase deliberativa*, na qual será elaborado e apresentado aos credores, para discussão e homologação, o plano de recuperação judicial da empresa recuperanda, instrumento chave do processo de recuperação.

Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembleia geral de credores para deliberar sobre seus termos e condições (LRF,

art. nº 56). Na assembleia, o plano poderá sofrer alterações, desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes.

Homologado o plano, inicia-se a fase de execução judicial, na qual a empresa permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações que vencerem até dois anos após a sua concessão. Nesse período, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano ensejará a convolação da recuperação em falência (LRF, art. nº 61, § 1º), com a consequente reconstituição dos direitos e garantias dos credores, nos termos originalmente contratados e deduzidos os valores eventualmente pagos e ressaltados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial (LRF, art. nº 61, § 2º).

A APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

Como visto, é na fase deliberativa do processo de recuperação judicial que a empresa recuperanda apresenta, para discussão e aprovação, pelos credores, o plano de recuperação judicial.

Nesse sentido, a assembleia geral de credores, colegiado representativo das diferentes classes de credores participantes diretamente na recuperação judicial – a dos titulares de créditos trabalhistas; a dos titulares de créditos com garantia real; e a dos titulares dos créditos quirografários –, constitui um dos pontos mais relevantes no processo de recuperação judicial, tendo em vista sua competência para decidir sobre todas as questões

da recuperação, especialmente a aprovação, rejeição ou modificação do plano.

Dessa forma, muito embora as negociações entre os credores e o devedor possam ocorrer a qualquer momento (antes do pedido de recuperação judicial, no curso do procedimento ou mesmo durante a assembleia), nos parece que a mediação encontra um maior espaço para se desenvolver durante a fase deliberativa do processo de recuperação judicial, ou seja, no período compreendido entre a decisão que defere o processamento da recuperação e a aprovação do plano pelos credores.

Com efeito, nessa busca por uma solução negociada para a superação da crise da empresa, a mediação surge com um caminho ideal para aproximar os credores e a empresa recuperanda. Isso porque, sendo o mediador um terceiro imparcial e alheio aos conflitos e interesses envolvidos no processo de recuperação, sua atuação colaborativa poderá estimular as partes a criarem novas opções que atendam, qualitativa e quantitativamente, aos anseios do devedor e das diferentes classes de credores.

Outrossim, a aplicação da mediação – método de resolução de conflitos que tem se mostrado cada vez mais rápido, eficiente e satisfatório –, coaduna-se perfeitamente com um dos mais importantes mandamentos da recuperação judicial: o princípio da celeridade, eficiência e economia processual, segundo o qual as normas procedimentais do processo de recuperação devem ser aplicadas e interpretadas de modo a privilegiar a condução ágil, adequada e econômica dos regimes falimentar e recuperatório.

Evidentemente, um processo caro e longo, além de ir na contramão da necessidade de preservação dos bens do devedor, torna-se de-

sinteressante ao credor, que buscará outros meios para satisfação do seu crédito, o que reforça a importância da aplicação de instrumentos de cunho colaborativo como, por exemplo, a mediação, no processo de recuperação judicial, o qual, tradicionalmente, é conduzido dentro de um modelo adversarial, entre os próprios credores ou entre estes e a empresa recuperanda.

No maior processo de recuperação judicial da história do país, a recuperação do Grupo Oi, a mediação foi utilizada em algumas importantes oportunidades. O juiz titular da 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Fernando Viana, que está na condução do processo, já destacou ser um entusiasta da mediação, e tendo utilizado essa ferramenta para solucionar impasses entre acionistas do grupo, credores e as empresas em recuperação.

Um dos exemplos de utilização da mediação no referido processo é a mediação entre as empresas em recuperação e a Anatel para discussão e negociação de um crédito de mais de R\$ 11 bilhões, detido pela agência reguladora em face da Oi, oriundo de multas aplicadas à operadora por falhas na prestação dos serviços de telecomunicações. Esse caso é paradigmático, por envolver um ente público e valores muito expressivos.

Outro exemplo, também paradigmático, é a mediação para a negociação, direta, dos créditos de pequeno valor, inferiores a R\$ 50 mil. Essa mediação, conta com o apoio da FGV, que desenvolveu uma plataforma online extremamente exitosa, por meio da qual já foram realizados mais de 30 mil acordos com credores espalhados no Brasil e no exterior.

Tais exemplos demonstram o grau de prestígio que a mediação vem assumindo, como

“ Uma ressalva que merece ser feita quanto à aplicação da mediação refere-se à necessidade de observância de outro princípio basilar do processo de recuperação judicial: o princípio da igualdade ou isonomia entre os credores (*par conditio creditorum*), segundo o qual os credores de uma mesma classe devem ser tratados sem qualquer diferenciação. ”

valioso método de solução de conflitos, e também ilustra o mercado que está se abrindo para a mediação de conflitos em massa, dentre os quais aqueles existentes entre o devedor e os credores, no âmbito dos processos de recuperação judicial.

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS CREDITORES

Uma ressalva que merece ser feita quanto à aplicação da mediação refere-se à necessidade de observância de outro princípio basilar do processo de recuperação judicial: o princípio da igualdade ou isonomia entre os credores (*par conditio creditorum*), segundo o qual os credores de uma mesma classe devem ser tratados sem qualquer diferenciação.

Nesse sentido, o enunciado nº 57 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal que dispõe:

“o plano de recuperação judicial deve prever tratamento igualitário para os membros da mesma classe de credores que possuam interesses homogêneos, sejam estes delineados em função da natureza do crédito, da importância do crédito ou de outro critério de similitude justificado pelo proponente do plano e homologado pelo magistrado”.

Assim, a fim de que tal princípio não seja violado no âmbito de procedimentos individuais de mediação, instaurados entre a empresa recuperanda e os credores desta, talvez se façam necessários alguns limites à liberdade negocial das partes em tais procedimentos, para que se garanta uma margem mínima de negociação aos credores

de uma mesma classe, algo inerente à própria mediação, ao mesmo tempo que se impeça uma diferenciação substancial entre os acordos eventualmente firmados.

A título de exemplificação, ainda que verse sobre matéria distinta, cabe mencionar o Programa de Indenização Mediada (PIM), da Fundação Renova,⁵ que tem por objetivo ressarcir, de forma simples, rápida e sem os trâmites e custos de uma ação judicial, as pessoas físicas e as micros e pequenas empresas que sofreram danos, materiais ou morais, ou perdas em suas atividades econômicas, decorrentes do rompimento da barragem de Fundão, unidade de Germano, em Mariana (MG), operada pela Samarco.

A adesão ao PIM é voluntária, gratuita e pode ser feita diretamente pela pessoa impactada ou, se preferir, por meio de um advogado ou defensor público. Ademais, a fim de garantir um ressarcimento isonômico aos impactados, os valores de indenização de cada dano e os critérios adotados em todo o programa foram previamente discutidos e apresentados ao poder público (defensorias públicas, secretarias estaduais, entre outros), entidades técnicas de referência (Embrapa, Incaper, Emater, Sinduscon, entre outros) e validados por meio de diálogo direto com as comunidades impactadas.

Ressalvadas as particularidades do processo de recuperação judicial, poderia ser utilizado em sistema de definição, prévio e consensual, de critérios e uma margem negociável de valores, para cada classe de credores, no momento da aplicação da mediação no âmbito do processo de

recuperação, a fim de que, do outro lado, seja observado o princípio da igualdade entre os credores de uma mesma classe creditória.

CONCLUSÃO

Embora estejamos ainda em processo de mudança geral de comportamento no que tange à utilização dos meios alternativos de solução de controvérsias, é visível a rápida evolução do instituto da mediação no Brasil.

Quem viu a arbitragem nascer e se desenvolver no país, com enorme velocidade e pouca resistência, acredita que o mesmo acontecerá com a mediação, cujo uso deverá evoluir em progressões geométricas nos próximos anos.

Os ingredientes mais importantes estão reunidos: boas leis, centros públicos e particulares em funcionamento, profissionais engajados e informados e uma enorme demanda por soluções mais rápidas, eficazes e menos custosas.

A utilização dessa importante ferramenta deve ser incentivada pelos profissionais que atuam nas recuperações judiciais e nos processos de falência. Iniciativas como as adotadas no processo de recuperação judicial do Grupo Oi revelam ser possível e recomendável a mediação nos diversos conflitos que surgem em processos de recuperação, quando se deve buscar o equilíbrio entre os interesses dos devedores e credores, sempre com foco na preservação da empresa como entidade que emprega, recolhe impostos e cumpre sua função social.

5 Fonte: <<http://www.fundacaorenova.org/indenizacoes/>>.

RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

Neste artigo, Marlon Tomazette discute os impactos da crise econômica brasileira em microempresas ou empresas de pequeno porte, que representam a maior parte das atividades produtivas do país, sendo essenciais para o desenvolvimento nacional. Além de expor as dificuldades que enfrentam, o autor explica as particularidades do processo de recuperação judicial, especialmente para as empresas de menor porte. Segundo ele, o procedimento é mais simples do que o tradicional, com custos menores, adequando-se melhor à realidade dos pequenos negócios.

MARLON TOMAZETTE

Procurador do Distrito Federal

Bacharel em direito pela Universidade de Brasília, é mestre e doutor em direito pelo Centro Universitário de Brasília (Uniceub). Atualmente, é procurador do Distrito Federal, sócio e advogado do escritório Tomazette, Campos & Cobucci Advogados, além de professor do Uniceub, da Fundação Getulio Vargas, do Instituto Brasiliense de Direito Público e da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

No Brasil, a maior parte das atividades empresariais pode ser considerada de pequeno ou médio porte. Desse modo, os pequenos e médios empresários assumem papel fundamental na economia nacional. Sem eles, a nossa economia trava; com eles, a economia pode crescer. Para proteger tais empresários, é essencial que sejam compatibilizadas as exigências da atividade empresarial com o volume de recursos movimentado por estes. Não se pode exigir dos pequenos e médios empresários o mesmo que se exige de uma grande companhia.

Diante dessa situação, a própria Constituição Federal (art. nº 179) determinou que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios instituirão um tratamento jurídico diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte, simplificando suas obrigações tributárias, administrativas, previdenciárias e creditícias, especialmente com a lei complementar nº 12/2006. Além desse tratamento diferenciado, a legislação brasileira se preocupou com situações de crise que, por ventura, possam ser vivenciadas pelas microempresas ou empresas de pequeno porte, a fim de se evitar o fim dos negócios. Na lei nº 11.101/2005, os arts. nº 70 a 72 preveem uma recuperação especial para as microempresas e empresas de pequeno porte, também em busca de um tratamento jurídico diferenciado, para uma categoria tão importante que é a dos empresários, sem

prejuízo da recuperação judicial tradicional, que também poderá ser utilizada. As crises das empresas são perniciosas para a própria economia de um país e, por isso, o mercado e o aparato estatal devem fornecer meios de superação de tais crises, protegendo a economia nacional.

ENFRENTAMENTO DAS CRISES DAS EMPRESAS

A atividade empresarial, como um todo, apresenta diversas dificuldades para quem a exerce, tanto na busca por novos mercados quanto na manutenção da clientela, ou seja, diante das exigências que a atividade impõe no dia a dia. Essas dificuldades, naturais do exercício da empresa, podem acabar culminando em crises dos mais diversos tipos, que podem advir de fatores alheios ao empresário (sujeito que exerce a empresa), mas também de características intrínsecas à sua atuação. As consequências que as crises podem ter nos interesses de empresários, empregados, fisco, comunidade e credores geram um certo grau de preocupação, ensejando, inclusive, a existência de normas específicas sobre a empresa em crise, em especial no que diz respeito às crises econômica e financeira. A crise econômica é “a retração considerável nos negócios

desenvolvidos”¹ pelo titular da empresa. Em outras palavras, a atividade tem rendimentos menores do que seus custos, trabalhando no prejuízo. A crise financeira é “a constante incapacidade de a empresa fazer frente às próprias dívidas, com os recursos financeiros à disposição”.² Esta última se trata de uma crise de liquidez,³ que inviabiliza o pagamento dos compromissos do dia a dia, sendo mais preocupante, na medida em que a empresa tem dificuldade de manter os contratos com fornecedores e com o sistema de crédito, atingindo terceiros que circundam a atividade.

Pelos efeitos perniciosos que as crises podem gerar, há a tendência de se buscar soluções. A princípio, estas deveriam decorrer da própria atuação do mercado, sem a intervenção estatal – que seria a forma natural de superação das crises, mas que depende da atuação das forças do mercado e também da possibilidade econômica de realização dos investimentos. Em certos casos, o empresário, que passa pela crise, se recusa a permitir o ingresso de novos investidores, o que inviabiliza a solução de mercado. Apesar disso, não se pode afirmar que as crises que não encontram essa solução sejam insuperáveis: diante

da impossibilidade da solução por parte do mercado, o aparato estatal oferece novas respostas a tais crises.

CRISES DA MICROEMPRESA E DA EMPRESA DE PEQUENO PORTE

Nas microempresas e empresas de pequeno porte, os efeitos da crise são ainda mais devastadores, uma vez que elas nem sempre têm acesso aos meios do mercado para superação da crise. Uma prova disso é que a taxa de mortalidade das microempresas, nos últimos anos, foi de aproximadamente 50%.⁴ Percebe-se, assim, que soluções para essas crises são essenciais.

Não se pode negar a informalidade inerente a esses negócios e a falta de profissionalismo na gestão das microempresas e empresas de pequeno porte. É importante reconhecer também que tal fator é determinante para a própria existência das crises. “Sendo assim é possível afirmar que a principal causa das crises econômico-financeiras em uma Microempresa (ME) ou Empresa de Pequeno Porte (EPP) reside na administração deficitária e despreparada para uma mínima mudança no panorama de trabalho”.⁵

1 Coelho, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3, p. 231.

2 Garella, Mario. Il concordato stragiudiziale: strategie e metodi per il risanamento dell'impresa. Napoli: Sistema Editoriali, 2003, p. 19, tradução livre de “la perdurante incapacità dell'impresa di far fronte ai propri impegni con le ordinarie risorse finanziarie a disposizione”.

3 Coelho, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3, p. 231.

4 <https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/sobrevivencia-das-empresas-no-brasil-relatorio-apresentacao-2016.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2017.

5 Costa, Pablo Henrique Hubner de Lanna; Silva, Filipe Augusto. Crises

**“SE A CRISE FOR
EVITÁVEL, SERÁ
MELHOR IMPEDI-LA
DE COMEÇAR DO QUE
DEIXÁ-LA ACONTECER,
PARA SÓ ENTÃO
SOLUCIONÁ-LA.”**



Ao se reconhecer o problema, deve-se promover uma mudança de mentalidade. “O empresário deve ter em mente o quão volátil e relativamente instável é a economia e, para tanto, deve se precaver quanto a eventuais intempéries do negócio”.⁶ Tal mudança de mentalidade nem sempre será suficiente para a solução da crise, mas deve ser adotada.

Para superar as crises pelas quais passa a empresa, o ordenamento jurídico brasileiro fornece duas soluções gerais: a recuperação judicial e a extrajudicial. Em ambas, há a atuação do Poder Judiciário, não como sujeito responsável pela reestruturação da atividade, mas como aquele que vai acompanhar a aplicação dos procedimentos legalmente previstos.⁷ Ressalte-se que, para as microempresas e empresas de pequeno porte, existe uma recuperação judicial em condições especiais.

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM GERAL

Em razão dos efeitos perniciosos que as crises nas empresas podem gerar, nosso ordenamento jurídico, por meio da lei nº 11.101/2005, criou a recuperação judicial. Trata-se de uma medida genérica para solucionar a crise pela qual a empresa passa, nos termos do art. nº 47 da referida lei. Além disso, ela também serve para evitar que uma crise iminente se instaure sobre a atividade empresarial.

Pelos contornos da recuperação judicial, fica claro que seu objetivo final é a supera-

econômico-financeiras nas microempresas e empresas de pequeno porte: uma análise jurídica. Revista de Direito Privado, v. 76, Abr/2017, p. 172.

6 Costa, Pablo Henrique Hubner de Lanna; Silva, Filipe Augusto. Crises econômico-financeiras nas microempresas e empresas de pequeno porte: uma análise jurídica. Revista de Direito Privado, v. 76, Abr/2017, p. 173.

7 Pimenta, Eduardo Goulart. Recuperação de empresas. São Paulo: IOB, 2006, p. 68.

ção da crise econômico-financeira pela qual passa o devedor empresário. A finalidade imediata é, portanto, afastar a crise; contudo, nada impede que o instituto seja utilizado para prevenir uma crise que se mostre iminente.⁸ Embora o texto da lei não pareça ter esse objetivo, a lógica impõe que se reconheça essa possibilidade, pois, se a crise for evitável, será melhor impedi-la de começar do que deixá-la acontecer, para só então solucioná-la. O objetivo mais amplo da recuperação, portanto, é a superação ou a prevenção das crises da empresa. Dentro desse objetivo mais amplo, inserem-se os objetivos mais específicos indicados no art. nº 47 da lei nº 11.101/2005, quais sejam: (a) a manutenção da fonte produtora; (b) a manutenção dos empregos dos trabalhadores; e (c) a preservação dos interesses dos credores. Tais objetivos específicos nem sempre poderão ser atingidos cumulativamente, pois acredita-se que há uma ordem entre eles.⁹

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 interessam apenas os desejos do empresário individual, do titular da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (Eireli) ou dos sócios da sociedade empresária: é fundamental que a empresa seja administrada em atenção aos demais interesses que a circundam, como os dos empregados, do fisco e da comunidade.¹⁰ Na recuperação judicial, tal princípio servirá de base para a tomada de decisões e a interpretação da vontade dos credores e do

devedor. Em outras palavras, ao se trabalhar em uma recuperação judicial, deve-se sempre ter em mente a sua função social. Se a empresa puder exercê-la bem, haverá uma justificativa para se empreender mais esforços no sentido da sua recuperação – que é da atividade, e não do seu titular.

Como corolário dessa função social mencionada, surgiu o princípio da preservação da empresa,¹¹ que é o mais importante na interpretação da lei da recuperação judicial. Trata-se de um princípio porque decorre de uma das finalidades da recuperação judicial¹², sendo o princípio mais importante porque dele decorre o objetivo fundamental do instituto da recuperação judicial. Sua consagração está presente ao longo de diversos dispositivos da lei nº 11.101/2005, que denotam a intenção de manutenção da atividade.

As estatísticas mostram o frequente uso desse mecanismo, especialmente em períodos de crise, como o que vivemos atualmente, em especial para as microempresas e empresas de pequeno porte. De acordo com Indicador Serasa Experian de Falências e Recuperações, em 2016, foram requeridos 1.863 pedidos de recuperações judiciais, 44,8% a mais do que o registrado em 2015. As micro e pequenas empresas lideraram os requerimentos de recuperação judicial de 2016, com 1.134 pedidos, seguidas pelas médias (470) e grandes empresas (259).¹³ De acordo com o respectivo indicador, no primeiro semestre de 2017, as micro e pequenas empresas tiveram 403 pedidos, seguidas pelas médias (179) e

8 Queiroz, Jorge. Prevenção de crises e recuperação de empresas. In: Oliveira, Fátima Bayma de (Org.). Recuperação de empresas. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006, p. 13.

9 Mamede, Gladston. Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas. São Paulo: Atlas, 2006, v. 4, p. 183.

10 Arnoldi, Paulo Roberto Colombo; RIBEIRO, Ademar. A revolução do empresariado. Revista de Direito Privado, nº 9, jan./mar. 2002, p. 219.

11 Carvalho, William Eustáquio de. Apontamentos sobre o princípio da preservação da empresa. In: Carvalho, William Eustáquio de; Castro, Moema A. S. de. Direito falimentar contemporâneo. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008, p. 175.

12 Díaz, Marta Zabaleta. El principio de conservación de la empresa en la ley concursal. Madri: Civitas, 2006, p. 33.

13 <http://noticias.serasaexperian.com.br/blog/2017/01/03/recuperacoes-judiciais-batem-recorde-historico-em-2016-revela-serasa-experian/>. Acesso em 18 jul 2017.

grandes empresas (103).¹⁴ Embora extremamente útil, a recuperação judicial possui o inconveniente de ter um procedimento bem complexo, com altos custos de tramitação, dificultando o uso do instituto por alguns empresários sem poder econômico elevado.

RECUPERAÇÃO JUDICIAL ESPECIAL PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

A recuperação judicial é o instituto geral posto à disposição dos empresários para superação das crises econômico-financeiras. Para simplificar o procedimento e, consequentemente, diminuir os custos do processo, a lei nº 11.101/2005 (arts. nº 70 a 72) estabeleceu uma espécie de recuperação especial, mais simplificada, como opção¹⁵ para os empresários que se enquadrem como microempresa ou empresa de pequeno porte.

“De fato, se a crise assola microempresário ou empresário de pequeno porte, em vista das reduzidas dimensões das atividades econômicas exploradas, não se justifica observar a complexa sistemática prevista pela lei para as sociedades devedoras de médio ou grande porte. Os recursos disponíveis são parcos e modesto o passivo. Se não houvesse na lei regras específicas para a reorganização das empresas de micro ou pequeno porte, segu-

ramente quem as explora não acabaria tendo acesso ao benefício”.¹⁶

A recuperação especial continua a ser uma recuperação judicial, representando uma “espécie de microsistema situado dentro do contexto da recuperação judicial”.¹⁷ Além disso, ela tem os mesmos objetivos e a mesma natureza, mas possui um procedimento bem mais simplificado,¹⁸ tentando reduzir os custos do processo.¹⁹ Em contrapartida à simplificação do procedimento, o uso da recuperação especial será mais restrito, pois não poderá ser usada por um devedor qualquer, não abrangerá credores quaisquer e seu plano de recuperação não poderá ter medidas quaisquer.

SUJEITOS ABRANGIDOS

Em relação aos sujeitos, o procedimento especial somente poderá ser utilizado por quem se enquadra como microempresa ou empresa de pequeno porte. No regime original, o devedor empresário que se enquadrava como microempresa ou empresa de pequeno porte só poderia requerer a recuperação especial em face dos seus credores quirografários, – excetuados aqueles decorrentes do repasse de verbas oficiais –, e os credores proprietários referidos pelo arts. nº 49, § 3º, e nº 86, II, da lei nº 11.101/2005. Atualmente, a partir

14 <http://noticias.serasaexperian.com.br/blog/2017/07/05/numero-de-recuperacoes-judiciais-cai-258-no-semestre-revela-serasa-experian/>. Acesso 18 jul 2017.

15 Mamede, Gladston. Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 4, p. 230; Ramos, Tony Luiz. Plano especial de recuperação das micros e pequenas empresas. São Paulo: Iglu, 2006, p. 23; Bezerra Filho, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falências comentada. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 191.

16 Coelho, Fábio Ulhoa. Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 265-266.

17 Zanini, Carlos Klein. In: Souza Júnior, Francisco Sátiro de; Pitombo, Antônio Sérgio de A. de Moraes (Coord.). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 315.

18 Zanini, Carlos Klein. In: Souza Júnior, Francisco Sátiro de; Pitombo, Antônio Sérgio de A. de Moraes (Coord.). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 315.

19 Ramos, Tony Luiz. Plano especial de recuperação das micros e pequenas empresas. São Paulo: Iglu, 2006, p. 9; Pinheiro, Hélia Marcia Gomes. A recuperação da microempresa e das empresas de pequeno porte. In: Santos, Paulo Penalva (Coord.). A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei 11.101/2005. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 167.

da lei complementar nº 147, a amplitude aumentou, podendo ser abrangidos na recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, excetuados os decorrentes de repasse de recursos oficiais, os fiscais e os chamados credores proprietários, previstos no art. nº 49, §§ 3º e 4º, da referida lei.

PLANO ESPECIAL DE RECUPERAÇÃO

Da data de publicação da decisão que defere o processamento da recuperação, o devedor terá, sob pena de decretação da falência, um prazo de 60 dias para a apresentação em juízo do plano especial de recuperação, que representa, em última análise, a proposta do acordo a ser firmado.

Na sua redação original, o plano de recuperação especial só poderia conter o seguinte meio de recuperação: parcelamento em até 36 parcelas mensais, iguais e sucessivas, – corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de 12% ao ano, com a possibilidade de carência máxima de 180 dias, contados da distribuição do pedido de recuperação judicial até o primeiro pagamento. O plano especial poderia contar com uma dilação de prazo para pagamento das dívidas, sob a forma de um parcelamento, com juros de 1% ao mês, admitindo-se uma carência de até 180 dias para o primeiro pagamento. Embora simples, tais medidas poderiam ser úteis para superação da crise, na medida em que permitiriam uma equalização do fluxo de caixa, evitando dispêndios elevados e imediatos com o pagamento dos credores quirografários.²⁰ Em contrapartida, a obrigação de pagamentos

“ Em contrapartida à simplificação do procedimento, o uso da recuperação especial será mais restrito, pois não poderá ser usada por um devedor qualquer, não abrangerá credores quaisquer e seu plano de recuperação não poderá ter medidas quaisquer. ”

20 Ramos, Tony Luiz. Plano especial de recuperação das micros e pequenas empresas. São Paulo: Iglu, 2006, p. 19.

mensais permitia um fluxo contínuo de pagamento aos credores.²¹

Com o advento da lei complementar nº 147/2014, o plano passou a prever divisão em até 36 parcelas mensais, iguais e sucessivas, acrescidas de juros equivalentes à taxa do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), ainda podendo conter a proposta de abatimento do valor das dívidas. Altera-se a taxa de juros para a taxa Selic, mantendo-se como impositivo o parcelamento. Mantém-se também a carência de 180 dias para o primeiro pagamento e admite-se o pedido de abatimento do valor das dívidas, que pode ser muito útil para o devedor reerguer e recuperar a sua atividade. Em complemento aos meios de recuperação, o plano estabelecerá a necessidade de autorização do juiz, depois de ouvidos o administrador judicial e, se houver, o comitê de credores, para que o devedor possa aumentar despesas ou contratar empregados. Controla-se, de forma bem rígida, a atuação do devedor, a fim de que o prazo dado seja suficiente para a superação da crise. Aumentos de gastos e contratações de empregados são possíveis, mas deverão ser autorizados pelo juiz, após serem ouvidos o administrador judicial e o comitê de credores (caso exista). Porém, deve ser feita uma interpretação teleológica, dispensando-se a autorização judicial, se a contratação do empregado tiver como intuito apenas suprir uma lacuna, não representando acréscimo de despesas.²²

PROCEDIMENTO ESPECIAL

Além do plano, há mudanças no procedimento da recuperação especial. Apresentado o plano dentro do prazo legal, o juiz determinará a publicação de um edital de aviso aos credores sobre a existência do plano,²³ dando-lhes a oportunidade de manifestação no prazo de 30 dias, contados da publicação desse edital ou da publicação da relação de credores. Não havendo qualquer objeção dos credores, considera-se o plano tacitamente aprovado. Por outro lado, havendo objeção, não haverá a convocação da assembleia de credores, decidindo-se, a partir das objeções, o pedido formulado.

O juiz decretará a falência, automaticamente, se houver objeção de credores, caso representem mais da metade de qualquer uma das classes dos créditos abrangidos (lei nº 11.101/2005 – art. nº 72, § único). Nesse caso particular, a recuperação judicial especial seria pior do que a recuperação judicial ordinária, na medida em que, nesta, a rejeição por uma das classes do art. nº 41 não importa a automática rejeição do acordo. Assim, o melhor seria afastar a decretação automática da falência, fazendo-se uma interpretação teleológica, para considerar que o plano só será rejeitado se o for pela maioria das classes abrangidas (objeção de mais da metade dos créditos), aplicando-se, neste caso, a mesma divisão de classes do art. nº 41. Em todos os casos, a contagem dos votos deverá obedecer ao disposto no art. nº 45 da referida lei. Não obstante, se a objeção for apresentada por credores que representem até a metade dos créditos, presume-se que os demais credos-

21 Zanini, Carlos Klein. In: Souza Júnior, Francisco Sátiro de; Pitombo, Antônio Sérgio de A. de Moraes (Coord.). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 319.

22 Zanini, Carlos Klein. In: Souza Júnior, Francisco Sátiro de; Pitombo, Antônio Sérgio de A. de Moraes (Coord.). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 321.

23 Zanini, Carlos Klein. In: Souza Júnior, Francisco Sátiro de; Pitombo, Antônio Sérgio de A. de Moraes (Coord.). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 323.

res concordaram com o plano especial e, por isso, o mesmo será considerado aprovado.

Gladston Mamede entende que também será decretada a falência se não houver o atendimento aos requisitos legais, pois haveria uma análise do mérito do pedido, e não apenas de questões processuais.²⁴ A meu ver, porém, a decretação da falência só seria possível nas hipóteses previstas expressamente no art. nº 73 da respectiva lei, dentre as quais não se encontra a falta de requisitos. O uso do aditivo *também* no art. nº 72 se refere às demais hipóteses de convolação em falência, como a não apresentação do plano de recuperação no prazo legal.²⁵ Ademais, permitir a decretação da falência em diversos casos não se coaduna com a ideia do tratamento privilegiado às microempresas e empresas de pequeno porte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arnoldi, Paulo Roberto Colombo; Ribeiro, Ademar. A revolução do empresariado. *Revista de direito privado*, nº 9, p. 216-226, jan./mar. 2002.

Bezerra Filho, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Carvalho, William Eustáquio de. Apontamentos sobre o princípio da preservação da empresa. In: Carvalho, William Eustáquio de; Castro, Moema A. S. de. *Direito falimentar contemporâneo*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

Coelho, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Coelho, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3.

Costa, Pablo Henrique Hubner de Lanna; Silva, Filipe Augusto. Crises econômico-financeiras nas microempresas e empresas de pequeno porte: uma análise jurídica. *Revista de Direito Privado*, v. 76, p. 165 – 183, Abr/2017

Díaz, Marta Zabaleta. *El principio de conservación de la empresa en la ley concursal*. Madri: Civitas, 2006.

Garella, Mario. *Il concordato stragiudiziale: strategie e metodi per il risanamento dell'impresa*. Napoli: Sistema Editoriali, 2003.

Mamede, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2006, v. 4.

Ramos, Tony Luiz. *Plano especial de recuperação das micros e pequenas empresas*. São Paulo: Iglu, 2006.

Queiroz, Jorge. Prevenção de crises e recuperação de empresas. In: Oliveira, Fátima Bayma de (Org.). *Recuperação de empresas*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

Pinheiro, Hélia Marcia Gomes. A recuperação da microempresa e das empresas de pequeno porte. In: Santos, Paulo Penalva (Coord.). *A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei 11.101/2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Souza Júnior, Francisco Sátiro de; Pitombo, Antônio Sérgio de A. de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

24 Mamede, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 4, p. 232.

25 Bezerra FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 195.



www.fgv.br/fgvprojetos

SÃO PAULO

Av. Paulista 1294/15º andar

Tel.: +55 11 3799.4170

Fax: +55 11 3262.3569

RIO DE JANEIRO

Praia de Botafogo 190/6º andar

Tel.: +55 21 3799.5498

Fax: +55 21 2553.8810

COLÔNIA

Deutz-Mülheimer Straße 30/6. Obergeschoss

Tel.: +49 (0) 221 284.9340