EDUARDO GOULART PIMENTA

DIREITO, ECONOMIA E CRISE DA EMPRESA

EXPERT
EDITORA DIGITAL

EDUARDO GOULART PIMENTA

Os institutos disciplinados na Lei n. 11.101/05 estão certamente entre os maiores exemplos da importância da análise econômica do Direito como método de estudo e desenvolvimento de regras legais.

Isto porque a crise econômica da empresa - e sua possível insolvência - expõe, de forma evidente, as limitações dos comandos legais em relação à premissa econômica de restrição dos recursos materiais disponíveis, ou, dito de outro modo, escassez.

O instituto da recuperação da empresa, especialmente em sua forma judicial, coloca-se como centro de um cenário no qual se busca atender à busca pela preservação da unidade produtiva ao mesmo tempo que se pretende respeitar as obrigações e relações jurídicas assumidas, tudo isso envolto pela incapacidade de pagamento, ainda que temporária, do empresário ou sociedade empresária.

A proposta deste livro é, neste sentido, analisar as regras legais referentes a recuperação de empresas e a falência sem nunca abandonar a constatação de que tais comandos colaboram, mas não resolvem, por si só, o problema da crise econômica dos agentes empresariais.

Para isso, o livro se utiliza de constantes referências a aspectos que extrapolam a simples análise dogmática de dispositivos legais, sempre com o objetivo de ser útil tanto a estudantes quanto a profissionais das diversas áreas do conhecimento envolvidas na complexa realidade da insolvência.

Eduardo Goulart Pimenta
Doutor e Mestre em Direito Empresarial - UFMG
Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG e PUC/MG
Procurador do Estado de Minas Gerais
Advogado e consultor

ISBN 978-6-5000-8658-4

DIREITO, ECONOMIA E CRISE DA EMPRESA

Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG

Dr. Marcelo Andrade Féres
Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG

Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Professor Adjunto da Faculdade Mineira de Direito
PUC Minas e Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG

DIREITO, ECONOMIA E CRISE DA EMPRESA

PUC Minas
Programa de Pós-graduação em Direito

DIREITO UFMG 1892

Eduardo Goulart Pimenta
Doutor e Mestre em Direito Empresarial - UFMG
Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG e PUC/MG
Procurador do Estado de Minas Gerais
Advogado e consultor

Belo Horizonte
Agosto de 2020

Direção editorial: Luciana de Castro Bastos

Diagramação e Capa: Daniel Carvalho
Igor Carvalho

Ilustração: Joseph Loughborough

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.

Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0
https://br.creativecommons.org/

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Pimenta, Eduardo Goulart
Direito, economia e crise na empresa [livro eletrônico] / Eduardo Goulart Pimenta. -- 1. ed. --
Belo Horizonte : Eduardo Goulart Pimenta, 2020.

ISBN 978-65-00-08658-4

1. Direito empresarial 2. Direito empresarial - Brasil 3. Direito empresarial Legislação - Brasil
I. Titulo.
20-43765 CDU-34:338.93(81)

Índices para catálogo sistemático:
1. Direito empresarial : Brasil 34:338.93(81)

Disponível: http://experteditora.com.br

EXPERT
EDITORA DIGITAL
www.experteditora.com.br

Introdução

O presente texto é um dos resultados diretos das pesquisas desenvolvidas, há mais de uma década, no Programa de Pós Graduação em Direito da PUCMINAS, especialmente na linha de pesquisa atualmente denominada "Função Social e função econômica das instituições jurídicas".

A relevância e influência da empresa na sociedade e seus reflexos sobre o Direito são notórios e se mostram em franca expansão. A gama de interesses em torno do organismo empresarial é extremamente ampla e envolve não só aqueles que de uma forma ou de outra contribuem para seu exercício, mas também a comunidade econômica em geral e o próprio Poder Público.

O interesse social na moderna empresa privada vem se tornando cada vez mais premente, dentro de uma ordem econômica fundada na liberdade de iniciativa (art.170 da Constituição Federal de 1988, *caput*) e num contexto onde a presença do Estado como agente econômico diminui ao mesmo tempo que aumenta a preocupação com a realização dos ditames da justiça social (art.170 da Constituição Federal de 1988, *caput*)

Em função destas constatações a preocupação em reerguer a empresa de suas sazonais intempéries

econômicas acabou consagrada pela Lei n. 11.101, de 05 de fevereiro de 2005.

É, então, muito importante o estudo desta disciplina legal tanto sob o ponto de vista dogmático quanto sob os aspectos dos valores que procurou consagrar e suas consequências econômicas, foco adotado, desde 2005, pelo Programa de pós graduação em Direito da PUCMINAS, especialmente em linhas mais diretamente relacionadas à empresa e sua regulação normativa.

Deste modo, instrumentos e métodos de análise como a Teoria dos Jogos e dos Custos de Transação são empregados para a análise da recuperação da empresa, nos moldes de autores como Ronald Coase, Richard Posner, Douglas Baird, Lucien Ayrie Bebchuk e Alan Schwartz.

Esta importante – para não dizer mesmo fundamental – premissa metodológica não impede, porém, que se efetue análises eminentemente dogmáticas de institutos afeitos à recuperação da empresa em crise econômico-financeira, sempre procurando adequá-los ao paradigma do Estado Democrático de Direito e à ordem constitucional estabelecida em 1988.

SUMÁRIO

Capítulo I - Princípios de Economia aplicados ao Direito e às relações patrimoniais privadas.....18

I – A Economia e a preocupação com a geração e distribuição dos recursos materiais.....18

II – A eficiência de institutos e condutas jurídicas.....27

III – O Direito e o ordenamento do sistema econômico 32

IV - Princípios de Análise econômica do Direito.....40

V – A elaboração, interpretação e aplicação de normas jurídicas segundo critérios econômicos de eficiência..... 44

Capítulo II – A Empresa em Direito e Economia.....52

I – A empresa e sua apreensão pela Economia.....52

II – A Empresa no Direito Privado.....62

III – Direito, empresa e eficiência.....76

Capítulo III - Recuperação de empresas: solução jurídica para a crise econômico-financeira da empresa 85

I – Legislação falimentar e a administração da crise econômica da empresa 85

II – O instituto da recuperação judicial de empresas e sua caracterização à luz da legislação brasileira 93

III – Insolvência e recuperação de empresas sob uma perspectiva econômica 99

IV – O comportamento estratégico dos grupos de interesses em uma recuperação de empresas..... 107

V – Limites à eficiência da recuperação judicial de empresas..... 118

Capítulo IV - Do Requerimento e Processamento da Recuperação Judicial de Empresas 124

I – Requisitos especiais exigidos do empresário..... 124

II – Competência do juízo: 132

III - A unidade e universalidade do juízo da falência ou recuperação da empresa 135

IV – O requerimento da recuperação judicial..... 141

V – Processamento do pedido de recuperação judicial 163

Capítulo V - Da Habilitação e da Verificação de Créditos no procedimento de recuperação de empresas ou falência 165

I – Credores sujeitos aos efeitos da recuperação de empresas..... 165

II - Suspensão das ações e execuções individuais 181

III – Novação das obrigações 189

IV – Procedimento de verificação e habilitação de créditos 193

V – A Consolidação do quadro geral de credores 200

VI – Habilitações de crédito retardatárias 202

Capítulo VI – A Assembleia Geral de credores e o Comitê de Credores em processos de recuperação judicial de empresas ou falência 206

I – Assembleia Geral de Credores..... 211

I. 1 – Formalidades de convocação da Assembleia Geral de Credores 212

I. 2 – Formalidades de instalação da Assembleia geral de credores 218

I. 3 - Formalidades de deliberação da Assembleia Geral de Credores 223

II - Comitê de Credores..... 233

Capítulo VII – O administrador judicial e o plano de recuperação da empresa 241

I –Nomeação e perfil do Administrador Judicial.....241

III – Gestor Judicial 250

IV – Das normas comuns ao administrador judicial, integrantes do Comitê de Credores e gestor judicial 253

V – Plano de recuperação judicial da empresa: elaboração, conteúdo e aprovação..... 259

Capítulo VIII - *Cram Down* e voto abusivo em Assembleia Geral de Credores 274

1 – Os objetivos da recuperação judicial de empresas e o direito de voto dos credores.....274

2 – Voto abusivo em Assembleia Geral de Credores 280

3 – O fundamento e requisitos para a aplicação do *Cram Down* no direito brasileiro.....286

Capítulo IX – Modificações nos direitos dos empregados, credores ou sócios como instrumentos de recuperação da empresa 291

I – Recuperação da empresa e direitos dos credores 291

II – Modificações nos direitos dos empregados 298

III – Alterações na participação dos sócios da sociedade em recuperação 304

IV – Recuperação da empresa e alterações no controle societário 308

Capítulo X – Alterações na estrutura administrativa da sociedade como instrumento para recuperação da empresa 321

I – Caracterização legal e atribuições do administrador 321

II – Natureza jurídica da relação entre administrador e sociedade empresária administrada 324

III – A separação entre a propriedade e a gestão das sociedades empresárias 329

IV – Administração singular e colegiada na legislação brasileira 332

V – Principais deveres e responsabilidade civil do administrador 339

Capítulo XI – Alterações na estrutura jurídica ou no estabelecimento da sociedade empresária como instrumentos de recuperação da empresa 345

I – Fusão, incorporação, cisão ou transformação da sociedade. Constituição de subsidiária integral ou sociedade de propósito específico 345

II – O Plano de recuperação judicial da empresa e seus efeitos sobre o estabelecimento empresarial 359

Capítulo XII – A recuperação extrajudicial de empresas e o plano especial de recuperação das microempresas e empresas de pequeno porte 371

I - Definição e regime jurídico das microempresas e empresas de pequeno porte 371

II – Plano especial de recuperação judicial das microempresas e empresas de pequeno porte 375

III - Recuperação extrajudicial de empresas: objetivos e requisitos 381

Capítulo XIII – Direito, Economia e Falência 394

I – Caracterização e objetivos do processo falimentar 394

II – Fundamentos do requerimento falimentar..... 404

III – O processamento do requerimento e a sentença falimentar..... 415

IV - Efeitos da sentença falimentar em relação à pessoa e às obrigações do falido..... 420

Capítulo XIV – A formação da massa falida objetiva..... 423

1 – Arrecadação, avaliação e custódia dos bens do falido 423

II – O Pedido de Restituição e a Ação Revocatória como instrumentos de redução de externalidades negativas na falência 426

III – Pedido de restituição 435

IV – Atos ineficazes em relação à massa falida independentemente de intuito fraudulento 438

V – A ineficácia dos atos fraudulentos praticados pelo falido antes da decretação da quebra..... 447

Capítulo XV – Realização dos ativos, pagamento dos credores e encerramento do processo falimentar..... 453

1 – A realização dos ativos do falido (art. 139 a 148 da Lei n. 11.101/05)..... 453

2 – O pagamento dos credores (art. 149 a 153 da Lei n. 11.101/05)..... 456

3 – O Encerramento do processo falimentar, extinção das obrigações e reabilitação do falido (art. 154 a 160 da Lei n. 11.101/05)..... 465

Bibliografia citada..... 470

Capítulo I - Princípios de Economia aplicados ao Direito e às relações patrimoniais privadas

I – A Economia e a preocupação com a geração e distribuição dos recursos materiais

A Economia pode, em essência, ser tomada como o ramo das ciências sociais aplicadas destinado à análise da forma pela qual a população gera, organiza e usufrui de seus limitados recursos materiais com o objetivo de atender às suas necessidades e vontades.

"O gerenciamento dos recursos da sociedade é importante porque estes são escassos. Escassez significa que a sociedade tem recursos limitados e, portanto, não pode produzir todos os bens e serviços que as pessoas desejam ter. Assim como uma família não pode dar a seus membros tudo o que eles desejam, uma sociedade não pode dar a cada membro um padrão de vida alto ao qual eles aspirem.

Economia é o estudo de como a sociedade administra seus recursos escassos."[1]

Em outras palavras, é o estudo de como a sociedade escolhe entre suas necessidades e desejos de forma a adequá-los aos recursos materiais de que dispõe e de

1 MANKIW, Gregory. *Introdução à Economia*. 3a ed. São Paulo: Thomson Learning, 2005. P 4. No mesmo sentido: STANLAKE, George Frederik. *Introdução à Economia*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. P. 11 e seg.

como a sociedade procura aperfeiçoar a utilização destes mesmos recursos materiais.

É possível afirmar que o objetivo primordial daqueles que se dedicam ao estudo da Economia é conhecer e proporcionar a máxima utilização dos recursos materiais disponíveis. É, deste modo, um ramo do conhecimento voltado, antes de mais nada, à maximização na geração e distribuição da riqueza. "*A economia é o estudo da forma como as sociedades utilizam recursos escassos para produzir bens com valor e de como os distribuem entre os vários indivíduos.*"[2]

O principal referencial adotado pela ciência econômica é a eficiência. Produção eficiente de bens e serviços; eficiência na utilização dos fatores de produção com o objetivo de maximizar suas potencialidades; eficiência na distribuição da riqueza entre as diferentes camadas da população.

Em um raciocínio estritamente econômico, pode-se afirmar que a conduta de determinado agente – seja ele uma pessoa, família, empresa ou Estado - é analisada sob o binômio eficiência/ineficiência, o que significa dizer que a ação em análise é estudada conforme tenha ou não contribuído para a maximização dos recursos materiais disponíveis ou para sua ótima utilização ou distribuição.

Esta avaliação da eficiência ou ineficiência de conduta adotada por um agente econômico se faz a partir da comparação entre seus custos (aquilo de que se teve de

2 SAMUELSON, Paul A. NORDHAUS, William D. *Economia*. 16a ed. São Paulo: Mc Graw Hill. P. 4.

abrir mão para a realização da conduta em questão) e os seus benefícios (aquilo que foi obtido como efeito da ação levada a cabo).

Em sua busca pela geração, utilização e distribuição eficiente dos recursos materiais disponíveis a Economia emprega uma série de ferramentas metodológicas que visam permitir ou facilitar a análise de determinada circunstância ou conduta e seus efeitos sobre a riqueza disponível. Algumas destas ferramentas metodológicas são especialmente caras à análise econômica do Direito.

Partindo da observação da realidade social ligada à produção e gestão dos recursos materiais pela sociedade o economista elabora uma hipótese que procura entender e explicar tal realidade, bem como seus efeitos, reduzindo-a ao que correntemente se chama de modelo econômico.

O primeiro e talvez mais característico – dentre as ciências sociais aplicadas - método de análise da realidade empregado pela Economia está na concepção de modelos econômicos. Trata-se de simplificações da realidade social com o objetivo de compreender quais circunstâncias (chamadas variáveis) são responsáveis pela ocorrência de uma alteração – benéfica ou não - sobre a produção ou distribuição da riqueza disponível.

"Os economistas também usam modelos para aprender sobre o mundo, mas em vez de serem feitos de plástico, os modelos dos economistas são geralmente compostos de diagramas e equações. Como o modelo de plástico dos professores de biologia, os modelos econômicos omitem

muitos detalhes para permitir que vejamos o que realmente importa. Assim como o modelo do professor de biologia não mostra todos os músculos e vasos capilares do corpo, os modelos dos economistas não incluem todas as características da economia.(...) Da mesma maneira que um físico inicia a análise de uma bolinha de gude em queda supondo que não haja atrito, os economistas adotam hipóteses para muitos dos detalhes da economia que são irrelevantes para o estudo da questão analisada. Todos os modelos – em física, biologia ou economia – simplificam a realidade para que possamos compreendê-la melhor."[3]

Os modelos econômicos decorrem da aplicação dos princípios fundamentais do método científico, aqui usados não para o estudo dos fenômenos naturais, como se vê na Química, Física ou Biologia, mas para a compreensão dos fenômenos sociais ligados à produção e distribuição dos bens e serviços na sociedade.

Ao conceber um modelo econômico o que se faz é estudar um determinado aspecto da realidade social. Analisa-se tal aspecto buscando extrair os fatores (variáveis) que efetivamente influem sobre ele e procurando estudá-los de modo a entender como interagem uns com os outros.

"Um modelo econômico pode descrever uma relação geral ("Quando a renda aumenta, se eleva o número de carros comprados"), uma relação quantitativa ("Quando a renda aumenta 10%, o número de carros aumenta, em média, 12%)

3 MANKIW, Gregory. *Introdução à Economia*... ob. cit. P. 23.

ou fazer uma previsão geral ("Um aumento no imposto sobre a gasolina diminuirá a demanda de automóveis")."[4]

Vê-se que um modelo econômico recorta a realidade social, procurando focar-se em uma determinada ocorrência (no exemplo representada pelo aumento no consumo de carros) e procura entender e explicar quais as circunstâncias (ou variáveis econômicas) que a provocaram.

A partir da constatação da ocorrência por ele abordada (o aumento no consumo de carros) cabe ao economista também propor uma hipótese que a explique. Dentre as possíveis variáveis econômicas aptas a causar um aumento no consumo de carros tem-se, no exemplo, o crescimento da renda da população ou a alteração no preço dos combustíveis.

Constatado que efetivamente a ocorrência analisada (o aumento no consumo de carros) deve-se a alterações na renda da população ou no preço dos combustíveis pode-se afirmar como válido o modelo econômico que, simplificando a realidade social, afirma que um aumento na renda da população ou uma diminuição no preço da gasolina faz subir a procura por automóveis.

É perfeitamente possível que sejam analisadas as condutas dos agentes econômicos e sobre elas construídas modelos em que tais ações sejam explicadas e compreendidas em função de alterações na legislação que as discipline.

---

4 STIGLITZ, Joseph E. WALSH, Carl E. *Introdução à Microeconomia*. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 2003. P 15.

Uma das razões do sucesso da análise econômica do Direito como método de estudo da legislação está na constatação de que em um determinado modelo econômico a legislação é uma importantíssima variável a ser considerada. Sua capacidade de influência sobre a ocorrência econômica estudada é potencialmente muito elevada e, por isso mesmo, não pode ser deixada de lado.

Assim, voltando ao exemplo acima citado, pode-se considerar eventuais alterações na legislação como variável apta a explicar a ocorrência econômica estudada (o aumento no consumo de carros). Se uma alteração legislativa determinar radical diminuição na alíquota do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores, haverá um aumento no consumo de carros? Em caso de resposta afirmativa, tem-se um modelo econômico capaz de explicar os efeitos de uma mudança legislativa sobre a geração e distribuição da riqueza.

Se estes efeitos são ou não desejáveis pela sociedade é questão a ser resolvida a partir dos princípios valorativos predominantes nessa mesma sociedade. O que a análise econômica do Direito fez foi demonstrar que a legislação sobre o Imposto de Veículos Automotores pode influenciar no número de carros consumidos. Porém, cabe ao legislador, a partir desta informação, decidir se esta influência é ou não adequada aos valores prevalentes na sociedade.

Outra ferramenta metodológica usada pela Economia e especialmente cara à análise econômica do Direito é o emprego de avaliações quantitativas da

realidade social."*Esta característica costuma ser apontada como uma diferença marcante entre a economia e outros ramos do conhecimento social. Em economia é possível: quantificar resultados, construir identidades quantificáveis, estabelecer relações quantitativas entre diferentes categorias de transações, desenvolver modelos explicativos da realidade, baseados em sistemas de equações simultâneas, proceder a análises fundamentadas em parâmetros quantificados, desenvolver sistemas quantitativos para diagnósticos e prognósticos."*[5]

Tais instrumentos são particularmente úteis à Economia, dada sua essencial ligação a relações e objetos monetariamente mensuráveis. Este vínculo entre Economia, interesses pecuniários e métodos quantitativos de análise da realidade é, em verdade, tido como o grande fator de precisão em suas conclusões.[6]

Uma análise econômica pressupõe a apreensão das opções entre diferentes condutas bem como dos custos, riscos e benefícios envolvidos em cada uma destas escolhas. A compreensão do número de opções de conduta disponíveis aos agentes econômicos e dos incentivos que encontram em cada uma delas para a maximização de

5 ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à Economia*. 23ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2003. P 35.

6 *"Economics, it must be admitted, does appear to be more developed than the other social sciences. But the great advantage which economics has possessed is that economists are able to use the 'measuring rod of money'. This has given a precision to the analysis, and since what are measured by money are important determinants of human behaviour in the economic system, the analysis has considerable explanatory power".* COASE, Ronald H. *Essays on Economics and Economists*. Chicago/London: University of Chicago Press, 1995. P 44.

seus interesses (medidos pela relação entre seus custos e seus benefícios) somente se revela digna de credibilidade se efetuada por meio de avaliações numericamente mensuráveis.

Ao atentar para a relação quantitativa entre diferentes variáveis a Economia, em decorrência, trata seu objeto de estudo a partir de noções como custos, riscos e ganhos (modalidades de incentivos), todas suscetíveis de serem expressas por meio de gráficos e equações que espelham a relação entre elas.

Estudar o Direito sob uma perspectiva econômica exige que a legislação seja analisada à luz dos custos que acarreta para os agentes, dos benefícios que traz para cada um deles e, também, do número de opções que podem ser legalmente oferecidas a estes sujeitos. Tal estudo só se valida se amparado por análises eminentemente quantitativas marcadas pela precisão matemática.

Por outro lado, se o Direito é talvez a mais poderosa forma de ordenamento da conduta humana, é necessário dispor de instrumentos que nos permitam saber se as normas elaboradas para reger a conduta humana estão realmente surtindo o efeito social que delas se espera. Somente com o uso de estatísticas e outras ferramentas matemáticas é possível avaliar com precisão se a legislação de fato conseguiu amoldar a conduta social segundo os valores que se pretende implementar.

Veja um exemplo: A legislação falimentar brasileira foi alterada com o objetivo primordial de se preservar a empresa,

auxiliando-a em situações de crise econômico-financeiras sazonais. Diante de uma ocorrência economicamente relevante e constatada (o número de falências no país) a legislação foi alterada com o objetivo de alcançar um determinado valor socialmente importante (a preservação da empresa, amparada em sua função social).

Porém, como saber se a alteração legislativa implementada foi bem-sucedida no seu intento? Como constatar se, no modelo apresentado, a hipótese levantada foi válida? A alteração na legislação falimentar conseguiu sua meta de minimizar a possibilidade de fechamento das empresas?

Não há outro modo de efetuar com precisão tal avaliação se não utilizando-se de ferramentas matemáticas que permitam, dentre outros dados relevantes, conhecer, ao longo do tempo de vigência da legislação, a variação no número de falências ocorrido em no país.

Assim, não apenas é relevante estabelecer, por exemplo, uma relação entre o interesse de investidores estrangeiros no país e o grau de recuperação dos empréstimos feitos a empresários falidos – análise eminentemente econômica - mas também é essencial estipular-se, a partir da relação quantitativa entre estas duas variáveis, qual deve ser a forma de intervenção da legislação sobre esta realidade de modo a orientar a conduta dos envolvidos no sentido mais condizente com os valores predominantes.[7]

7 Todd J. Zywicki, ao analisar a legislação e jurisprudência norte-americanas, chama a atenção para estes elementos: *"In the modern world, however, capital is not tied to any particular country. Thus, it is far easier to escape the 'tax' imposed by a*

II – A eficiência de institutos e condutas jurídicas

Ao tratar de eficiência, galgando-a, como apontado, ao nível de parâmetro de avaliação de uma conduta, é preciso atribuir-lhe um significado. É necessário dar conteúdo àquilo que se compreende por eficiência econômica, até porque, com o emprego de métodos característicos da Economia ao Direito, a legislação e os institutos jurídicos são avaliados em termos de sua eficiência/ineficiência na geração ou distribuição da riqueza produzida.

O padrão de eficiência normalmente invocado em análises econômicas – e mesmo jurídicas - é o concebido pelo economista italiano Vilfredo Pareto e, por isso, denominado *Ótimo de Pareto*. Tal concepção se refere tanto à produção de bens ou serviços quanto – e principalmente - ao modo pelo qual são eles alocados:

"O bem-estar máximo, disse Pareto, ocorre quando já ão há mudanças capazes de deixar uma pessoa em melhor situação, sem deixar outras em situação pior. Isso implica que a sociedade não pode reorganizar a alocação de recursos ou a distribuição de bens e serviços de modo a ajudar uma pessoa sem prejudicar outra. Assim, o estado ótimo de Pareto implica

---

nation´s inefficient bankruptcy laws. It also is doubtful that international investors will be willing to allow American bankruptcy judges to redistribute their wealth to subsidize American workers and lawyers throught chapter 11. To the extent that chapter 11 raises the costs and risks of investing in America, international investors will direct their capital to more efficient markets. In short, the pressures on the United States to adopt more efficient bankruptcy laws is much greater than in the past." ZYWICKI. Todd. The past, present, and future of bankruptcy law in America. *Law and Economics working paper series*. P. 20. Disponível em: >htttp://www.ssrn.com.br. Acesso em: 21 jul.2017.

(1) uma distribuição ideal de bens entre os consumidores, (2) uma alocação técnica ideal de recursos e (3) quantidades ideais de produção." [8]

É comum os economistas ilustrarem com exemplos e situações hipotéticas tal condição.

Tome-se a hipótese de um bem qualquer como o sorvete, mais especificamente nos sabores de baunilha e chocolate[9]. Em uma sociedade, há pessoas que preferem o sorvete de baunilha ao de chocolate e vice-versa. A alocação deste recurso encontrar-se-á dentro do padrão *Ótimo de Pareto* se todo o sorvete de baunilha disponível estiver na propriedade daquelas pessoas que o preferem e se, por outro lado, todo o sorvete de chocolate existente no mercado for direcionado àqueles consumidores que mais o desejam.

O padrão *Ótimo de Pareto* pressupõe, como se vê, um sistema de trocas ou alocação de recursos que permita aos agentes econômicos o acesso ao bem que mais valorizam.

Voltando ao exemplo, é preciso, além disso, que haja no mercado uma quantidade tal dos sorvetes de baunilha e de chocolate que atendam a todos aqueles que desejem consumir um ou outro, conforme suas preferências.

Vê-se, deste modo, que o padrão *Ótimo de Pareto* tem também como requisito a eficiência na quantidade

---

8 BRUE, Stanley L. *História do Pensamento Econômico*. 6ª ed. São Paulo: Ed. Thomson Learning, 2005. P 394. Veja também: KREPS, David M. *A Course in Microeconomic Theory*. New Jersey: Princeton University Press, 1990. P 153 e seg.

9 Este exemplo foi retirado de: STIGLITZ, Joseph E. WALSH, Carl E. *Introdução à Microeconomia*... ob. cit. P. 172/174.

produzida do bem em questão, de forma a que se atenda perfeitamente às preferências dos consumidores e de maneira que não seja possível produzir mais de algum dos bens sem comprometer a quantidade necessária do outro.

Se, entretanto, houver consumidores que preferem sorvete de baunilha, mas recebem o de chocolate e vice-versa - ou ainda consumidores sem o sorvete que desejam - a alocação deste recurso material (sorvete) não se mostrará eficiente, segundo Pareto.

Do mesmo modo, se houver no mercado pessoas interessadas em adquirir um dos sabores de sorvete sem, entretanto, encontrar quem deseje oferecê-los ou, por outro lado, existir uma quantidade de sorvete de baunilha ou de chocolate maior do que o número de pessoas que os prefiram haverá também uma situação de ineficiência.

O Direito é eficiente, segundo o padrão *Ótimo de Pareto*, quando molda a conduta dos indivíduos de forma a lhes incentivar a alocar os recursos materiais disponíveis na propriedade daqueles que mais os desejem. Cumpre à legislação, como variável economicamente relevante, incentivar que os agentes econômicos se movam a produzir a quantidade ideal de sorvetes e a trocá-los entre si até que se seja atingido o nível em que qualquer alteração superveniente seja prejudicial aos interesses envolvidos.

Outra concepção de eficiência econômica modernamente adotada é a desenvolvida a partir de ideias de Barone, Kaldor, Hicks e Scitovsky[10]. Segundo esta

10 BLAUG, Mark. *Economic Theory in retrospect*. Fifth Edition. Cambridge: Cambridge

concepção, haverá um ganho real no bem estar – e riqueza - da sociedade quando uma determinada conduta ou ato economicamente relevante redistribui os bens e serviços disponíveis de forma que os agentes econômicos afetados pelos efeitos desta medida econômica não estejam dispostos a retornar à posição original ainda que recebam, em dinheiro, o valor correspondente ao acréscimo em seus bens e serviços que a medida ou conduta em análise os atribuiu.

Em sua essência, trata-se de um padrão de eficiência econômica que também parte do princípio de que os bens e serviços devem ser atribuídos àqueles que mais os valorizem, ou seja, aos agentes econômicos que se recusem a trocar tais bens ou serviços pelo valor monetário dos mesmos. *"Scitovsky desta forma se empenha em separar eficiência de equidade definindo um melhoramento no bem-estar como aquilo que, para cada possível distribuição de renda antes da alteração, deixa a todos em melhor situação após a mudança mesmo se pagamentos compensatórios forem efetuados ."*[11]

Assim, uma conduta é economicamente eficiente se os que dela se beneficiam ganham mais do que aquilo que perderam os agentes que por ela foram prejudicados. A eficiência econômica da conduta em análise está na

---

University Press, 1996. P 574.

11 *"Scitovsky thus attempts to separate efficiency from equity by defining an improvement in welfare as one that, for every possible distribution of income before the change, makes everyone better off after the change even if compensation payments are actually paid."* BLAUG, Mark. *Economic Theory in retrospect*... ob. Cit. P 575. Tradução livre.

constatação de que o benefício que ela trouxe para determinado(s) agente(s) foi quantitativamente maior do que o prejuízo que ela tenha acarretado a outro(s) agente(s) econômicos contribuindo, desta forma, para o aumento geral na riqueza da população.

"Desta maneira, a moderna formulação do princípio da compensação é a seguinte: Uma alteração pode ser julgada como melhoria no bem estar da sociedade se e somente se tanto os ganhadores com a mudança possam compensar os perdedores pelas perdas e ainda permanecer em melhor situação que a anterior quanto aqueles que perderam com a alteração não possam compensar os ganhadores para que desistam dos seus ganhos sem eles próprios ficarem em pior situação que a posição original."[12]

O Direito, enquanto variável economicamente relevante, deve procurar moldar a conduta dos agentes econômicos de forma a que os bens e serviços fiquem na propriedade daqueles que não estariam dispostos a cedê-los nem pela compensação financeira que receberiam por isso. A legislação é economicamente eficiente se aloca os bens e serviços para aqueles indivíduos que os valorizam a ponto de não estarem dispostos a abrir mão deles se lhes for oferecido o seu valor em dinheiro.

---

12 *"Thus, the modern-day formulation of the compensation principle is as follows: A change may be judged to improve society well-being if and only if both the gainers from the change could compensate the losers for their losses and remain better off themselves, and the losers could not have compensated the gainers to forgo their gains without being themselves worse off than in their original position."*. MERCURO, Nicholas. MEDEMA, Steven G. *Economics and the law – from Posner to post-modernism*. Princeton – New Jersey: Princeton University press, 1999. P 50. Tradução livre.

Visto de outro ângulo, este padrão de eficiência da legislação se verifica quando esta, diante de um eventual conflito de interesses, o soluciona de forma a que os ganhos para o vencedor do conflito sejam maiores do que as perdas para o sucumbente.

Embora o critério de Pareto seja muito invocado, é sobre esta última noção de eficiência econômica que costumam se debruçar, como verá abaixo, os atuais operadores da análise econômica do Direito.

III – O Direito e o ordenamento do sistema econômico

Há inúmeros sentidos para termos como Direito, Valor, Justiça e Norma. Abordar a discussão sobre o tema certamente levaria a searas que fariam perder o objetivo original do texto sem que nada de significativo fosse efetivamente acrescentado ao que já se produziu a respeito do assunto. Optou-se, assim, por reduzir a abordagem tomando os vocábulos em questão por apenas um de seus possíveis significados[13].

Assim, aqui se refere ao Direito em seu sentido estritamente positivo, como o conjunto de regras fixadas pela autoridade estatal com o intuito de orientar a conduta

13 *"Podemos definir como quisermos os termos que desejamos usar como ferramentas em nosso trabalho intelectual. A única questão é saber se eles servirão ao propósito teórico ao qual os destinamos"*. (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000. P. 7)

da sociedade e cujo cumprimento pode ser imposto pelo Poder Público, inclusive com o uso da força.

Vistas, em uma primeira e recorrente aproximação, como expressões da idéia de Justiça em uma determinada comunidade, estas regras de conduta humana - as normas jurídicas - são elaboradas e aplicadas à sociedade, que deve agir conforme os preceitos normativos sob pena de sofrerem a consequência cominada (sanção) para o caso de descumprimento da conduta exigida ou realização da ação proibida.

As normas jurídicas são, então, vistas como instrumentos de que dispõe o Estado para conformar a conduta da sociedade à ideia de Justiça que prevalece naquele determinado contexto de espaço e tempo. "*A ideia do direito não pode ser outra, senão a justiça.*"[14]

É válido afirmar que ao elaborar tais regras – normas jurídicas - destinadas a regular a conduta de um grupo social o legislador tem, como fim de sua atividade, a efetivação de um conjunto de valores que, naquele dado momento histórico, lhe são especialmente caros, como expressão da ideia de Justiça.

"Os comandos e proibições do Direito têm as suas raízes nas chamadas normas de valoração, elas fundamentam-se – dito de forma mais simples – em valorações, em aprovações e desaprovações. Tem inteira razão o moralista FR. JODL quando afirma que todo o imperativo já pressupõe necessariamente o

14 RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. P. 47

juízo de que aquilo que se exige tem um valor particular, um valor próprio, e é por isso mesmo que é exigido." [15]

Sejam estes valores, por exemplo, a Ordem, a Paz, a Liberdade ou a Igualdade entre as pessoas independentemente da raça, cor, sexo ou credo, é certo que as normas jurídicas são instrumentos (talvez o principal) destinados à efetiva realização deles em uma dada sociedade.

É neste ponto que se pode suscitar a seguinte questão: a maximização da riqueza, corporificada pela noção econômica de eficiência, é um valor suscetível e merecedor de ser implementado pelo Direito, entendido, repete-se mais uma vez, como um conjunto sistemático de normas postas pelo Estado?

É a partir da resposta dada esta questão que se poderá admitir ou não, como válida, a possibilidade de uma análise econômica do Direito: a busca pela eficiência econômica, corporificada pela maximização na geração e distribuição da riqueza disponível em uma dada sociedade, é um valor a ser perseguido pelo sistema normativo?

Há quem entenda que a maximização da riqueza não pode ser compreendida como um valor. É o caso de Ronald Dworkin, severo crítico desta forma de abordar o Direito em dois artigos intitulados "A riqueza é um valor?" e "Por que a eficiência?".[16] Não é possível concordar com tal pensamento.

---

15 ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento jurídico*. 9ª edição. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. P. 46

16 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005. P. 351 a 398.

Não é de agora que se reconhece a importância dos recursos patrimoniais como forma de plena consecução da existência digna da pessoa humana. Ao contrário, a forma pela qual a sociedade produz e distribui a sua riqueza foi galgada à condição de parte importante dos chamados Direitos Fundamentais:

"Os direitos econômicos e sociais foram acrescidos às liberdades públicas, afirmando alguns autores tratar-se da segunda geração de direitos fundamentais. A ideia central deste novo elenco de direitos fundamentais é propiciar condições materiais mínimas de existência que permitam ao indivíduo usufruir das demais liberdades." [17]

Não mais é suficiente que o Direito garanta à pessoa humana o rol tradicional de Direitos Fundamentais consagrado a partir da Revolução Francesa e que, vistos hoje, se mostram insuficientes na função de permitir ao indivíduo o alcance da plenitude de sua dignidade.

A igualdade formal de todos perante a Lei - limitada apenas à submissão de todos às mesmas regras de conduta - e a liberdade - restrita ao exercício de locomoção e pensamento - são nitidamente insuficientes à realização humana se não forem acompanhadas por um conjunto de bens e serviços que, colocados à sua disposição, permitam uma existência digna no sentido mais amplo e correto do termo.

---

17 JAYME, Fernando Gonzaga. *Direitos Humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2005. P. 20.

O Direito tem, hoje, outro elemento com que se preocupar ao disciplinar juridicamente as relações sociais: permitir aos indivíduos o acesso aos bens materiais necessários ao seu pleno desenvolvimento físico, cultural e espiritual. Assim, a geração e a distribuição da riqueza entre os integrantes de uma sociedade não é – e nem pode ser - estranha ao Direito.

A preocupação com o modo pelo qual a sociedade gera e distribui sua riqueza não se limita à Economia, que ao tema se dedica com tanto afinco. É um dos valores a serem perseguidos pelo Direito e, como demonstrado, não é, ao contrário do que a princípio possa eventualmente parecer, um valor menor.

É, sim, um valor instrumental – com a ressalva pela eventual impropriedade terminológica que só se faz em atenção à clareza da exposição – na medida que consiste em um meio pelo qual se permite ao indivíduo a plenitude de alcance de outros valores como a Liberdade e a Dignidade. *"Eficiência é sempre relevante aos políticos porque é sempre melhor alcançar qualquer política com um custo menor do que com um custo maior. Administradores públicos nunca advogam desperdiçar dinheiro".*[18]

18 *"Efficiency is always relevant to policymaking, because it is always better to achieve any given policy at lower cost than at higher cost. Public officials never advocate wasting money."* COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 4th edition. New York: Pearson Addison Wesley., 2004. P. 4. Tradução livre.

O Direito é, então, um importante elemento na conformação da sociedade e sua orientação à maximização da riqueza e otimização de sua distribuição.

Analisar o Direito conforme critérios e métodos econômicos nada mais é do que procurar elaborá-lo, interpretá-lo e aplicá-lo de modo a alcançar a eficiência econômica, entendida esta como a maximização na geração e distribuição dos recursos materiais disponíveis em uma dada organização social.

Como se não bastassem tais observações, a abordagem ganha contornos de Direito Positivo se analisada sob o prisma constitucional.

O art. 3º da Constituição Federal de 1988 elenca o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalidade e a redução das desigualdades sociais e regionais como objetivos da República Federativa do Brasil.

Não há como se alcançar tais metas sem que se preocupe com a eficiência na geração e distribuição da riqueza.

Se a erradicação da pobreza é um objetivo da República Federativa do Brasil, obviamente então a maximização dos escassos recursos materiais (ou seja, a maximização da riqueza disponível) é também e necessariamente um valor a ser alcançado.

Assim, a análise e aplicação do Direito de forma economicamente eficiente (ou seja, com o objetivo de maximização da riqueza) é não apenas possível, mas também uma exigência da Constituição Federal de 1988,

que a elevou, como se vê, ao nível de um dos objetivos fundamentais da República.

A relação entre Economia e Direito é bilateral. Assim como os critérios e métodos econômicos são capazes de influenciar a elaboração, a interpretação e a aplicação do Direito aos casos concretos, o contrário também se verifica.

Há intensas consequências para a realidade econômica de um determinado ordenamento jurídico quando se verifica alguma mudança nas normas positivadas ali ou mesmo em sua interpretação ou aplicação.

A legislação que, por exemplo, discipline questões como a recuperação e falência de sociedades empresárias, os preços, os tributos e a concorrência têm o poder de modificar – muitas vezes de forma radical e imediata – os indicadores econômicos empregados pela ciência em questão.

Neste sentido é consagrada a distinção entre Economia positiva - que trata da realidade como ela é - e Economia normativa, que se dedica a propor como o sistema econômico deve ser. *"Quando eles* [os economistas] *descrevem a economia e constroem modelos que prevêem como a economia mudará ou os impactos de diferentes políticas, eles fazem o que chamamos de economia positiva. Quando avaliam políticas alternativas, pensando seus benefícios e custos, estão se dedicando à economia normativa. A economia positiva se preocupa com o que 'é', com a descrição do funcionamento da economia. A economia normativa trata*

do que 'deveria ser', com a avaliação da desejabilidade de vários cursos de ação."[19]

Vê-se, portanto, que a Economia, calcada sobre seus métodos peculiares de análise da realidade social relacionada à produção, distribuição e consumo da riqueza, não se limita a descrever, por meio de modelos econômicos, como funcionam e interagem os diferentes elementos que, de uma forma ou de outra, interferem sobre tal sistema.

A partir do momento em que se entende e consegue explicar como interagem os diferentes fatores influenciadores da realidade econômica pode-se também fazer assertivas no sentido de como tais fatores poderiam ser direcionados de forma a consagrar determinados valores ou objetivos socialmente desejados.

O Direito, tomado novamente em seu sentido positivo, é o principal instrumento pelo qual se pode pensar em conduzir a Economia, em um ponto espacial e temporal determinado, de sua situação positiva para a normativa. Do "ser" para o "dever-ser": "A *Lei da natureza estabelece que, se A é, B é (ou será). A regra de Direito diz: se A é, B deve ser. A regra de Direito é uma norma (no sentido descritivo do termo). O significado da conexão estabelecida pela lei da natureza entre dois elementos é o 'e', ao passo que o significado da conexão estabelecida entre dois elementos pela regra do Direito é o 'deve ser'. O princípio segundo o qual a ciência natural descreve*

19 STIGLITZ, Joseph E. WALSH, Carl E. *Introdução à Microeconomia*...ob. cit. P. 16.

seus objetos é o da causalidade o princípio segundo o qual a ciência jurídica descreve seu objeto é o da normatividade."[20]

O Direito influencia a Economia no que tem de mais característico: a busca por estabelecer o que "deve-ser". Procura modificar a realidade econômica como ela é – a economia positiva – para contribuir para sua transformação na realidade econômica como "deve ser" (a economia normativa).

Assim é possível compreender por que um ramo do conhecimento cuja elaboração e aplicação tradicionalmente se baseiam na análise do justo/injusto, ético/aético, moral/imoral pode ser analisada à luz de outra centrada sobre a distinção eficiente/ineficiente e submetida a um método empírico de análises quantitativas e modelos simplificativos da realidade estudada.

IV - Princípios de Análise econômica do Direito

Percebendo a insuficiência dos tradicionais instrumentos de análise da legislação, inúmeros juristas passaram a recorrer à Economia como método de estudo e aferição da eficiência da legislação.

Tal movimento, intitulado Direito e Economia (do original inglês *Law & Economics*) ou análise econômica do Direito tem sua origem geralmente atribuída ao seminal

20 KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado...* ob.cit. P. 64.

trabalho de Ronald Coase[21] que, não à toa, foi agraciado com o *Prêmio Nobel* pelas fundamentais diretrizes que lançou.

Fato é que a aplicação do instrumental da Economia à análise do Direito é considerada, entre os juristas norte-americanos, o maior avanço da ciência jurídica no século XX, tendo se tornado a mais robusta e moderna corrente de estudo do Direito nos Estados Unidos da América, além de se mostrar em franca expansão em outros relevantes ordenamentos[22].

A legislação é, deste modo, vista como um instrumento de maximização e distribuição da riqueza. Assim, sua adequação a tais objetivos deve ser analisada segundo métodos característicos do ramo das ciências sociais destinado a tal finalidade.

"Generalizando, nós podemos dizer que a economia providencia uma teoria comportamental para predizer como as pessoas respondem a mudanças na legislação. Esta teoria supera a intuição, assim como a ciência supera o senso

---

21 COASE, Ronald. The nature of firm, In: *The firm, the market and the law*. Chicago: Chicago University Press. 1988. COASE, Ronald. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*. The University of I. N.3. 1960. Chicago Press.

22 POSNER, Richard. Law and Economics in Common-Law, Civil-Law, and Developing Nations. *Ratio Juris*, Vol 17 No. 1. March 2004. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 4th ed. New York: Addison Wesley, Longman. 2005. MERCURO, Nicholas; Medema Steven G. *Economics and the law – From Posner to post-modernism*. Princeton: Princeton University press. 2003. WILLIAMSON, Oliver E. Why Law, Economics, and Organization? *UC Berkeley Public Law and Legal Theory Working Paper Series*. Working Paper n. 37. 2000. No Brasil: PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. São Paulo: Ed. Elsevier Campus, 2005. ZYLBERSZTAJN, Décio. SZTAJN, Rachel (org.). *Direito e Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações*. São Paulo: Ed. Elsevier Campus, 2005. TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia*. São Paulo: Ed. Thomson – IOB, 2005.

comum. (...) Em acréscimo à teoria científica do comportamento a economia proporciona um útil padrão normativo para avaliar as leis e a política. As leis não são apenas argumentos técnicos, são instrumentos para se atingir importantes metas sociais. Para conhecer os efeitos das leis sobre estas metas os juízes e legisladores devem ter um método de avaliação dos efeitos da lei sobre importantes valores sociais."[23]

Entenda-se por análise econômica do Direito a tentativa de contribuir para o avanço na elaboração, interpretação e aplicação das normas jurídicas mediante sua avaliação por meio de critérios e métodos particulares à ciência econômica.

Tanto o aplicador quanto aquele que está sujeito a um determinado conjunto de normas jurídicas orienta seu raciocínio a partir do binômio legalidade/ilegalidade. Se a conduta analisada ou praticada se adequar ao que é exigido pela norma ou se omitir a ação proibida por ela o indivíduo encontra-se sob a égide da legalidade.

Caso contrário, face à inadequação de sua conduta ou omissão ao estabelecido pela norma (ilegalidade) este sujeito deve se submeter à consequência prevista para o caso desta inobservância (sanção).

---

23 *"Generalizing, we can say that economics provides a behavioral theory to predict how people respond to changes in laws. This theory surpasses intuition, just as science surpasses common sense. (...) In addiction to a scientific theory of behavior, economics provides a useful normative standard for evaluating law and policy. Laws are not just arcane, technical arguments; they are instruments for achieving important social goal. In order to know the effects of laws on these goals, judges and other lawmakers must have a method of evaluating laws' effects on important social values."* COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 4th edition. Pearson Addison Wesley. New York. 2004. P 4. Tradução livre.

O que pressupõe a análise econômica do Direito é que a conduta legal ou ilegal de uma pessoa é decidida a partir de seus interesses e dos incentivos que encontra para efetuá-la ou não. Parte-se da premissa que os agentes – sujeitos de direito - irão conduzir-se diante da legislação de forma a fazer a escolha que incorra em uma melhor relação quantitativa entre os custos e riscos envolvidos e os possíveis benefícios (escolha baseada no critério eficiência).

Como já salientado, a Economia estuda as escolhas, os custos, riscos e benefícios que os agentes econômicos (sujeitos de direito) encontram na busca pela maximização de seus próprios interesses. Se tais escolhas têm por referência a legislação (entre obedecê-la ou não, entre agir segundo esta ou aquela opção legal, entre esta ou aquela interpretação das normas jurídicas), há, indubitavelmente, a aplicação de uma noção econômica (a escolha dentre diferentes condutas possíveis, como forma de maximização da riqueza) ao Direito.

Assim, a legislação deve ser elaborada, interpretada e aplicada de forma a que os ganhos dos ganhadores sejam maiores que as perdas dos perdedores (eficiência de Kardor-Hicks).

V – A elaboração, interpretação e aplicação de normas jurídicas segundo critérios econômicos de eficiência

1 – Elaboração ou reforma de institutos para torná-los economicamente mais eficientes

Ao disciplinar juridicamente uma determinada realidade social ou alterar as normas que a regem o legislador não pode se descuidar da preocupação com os efeitos que as alterações legislativas podem provocar sobre a geração ou distribuição da riqueza. Deve considerar ainda que o Direito tem o poder de provocar drásticas e rápidas alterações na realidade econômica em que se aplica.

Ilustra esta forma de análise econômica do Direito o trabalho de Douglas G. Baird, Robert H. Gertner e Randal C. Picker[24]. Partindo de diversos modelos econômicos ligados à Teoria dos Jogos, os autores estudam diferentes situações juridicamente relevantes com o objetivo de apontar qual seria a forma de legislar sobre a questão de modo a conseguir-se o resultado mais eficiente e socialmente desejável.

Partindo, por exemplo, do estudo da normas jurídicas sobre responsabilidade civil por atropelamento os autores procuram, dentre as diferentes opções da legislação atribuir a responsabilidade pelos danos causados, encontrar aquela

24 BAIRD, Douglas G. GERTNER, Robert H. PICKER, Randal C. *Game Theory and Law*. Chicago: Harvard University Press, 2003.

que permita fazer com que os agentes envolvidos (pedestre e motorista) tenham, face ao incentivo econômico que lhes seja normativamente oferecido, a conduta social mais condizente com os valores predominantes.

O instituto da recuperação judicial da empresa é outro exemplo do que agora se expõe. Trata-se de uma reestruturação do direito positivo com um objetivo eminentemente econômico: a manutenção das unidades empresariais que passem por dificuldades econômicas temporárias.

Pode-se também exemplificar o tema com a Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76), expressamente calcada sobre a premissa da defesa aos interesses dos acionistas minoritários.

A elaboração deste texto normativo levou fortemente em conta este quesito, dada a sua repercussão para a atividade empresarial, já que propicia a aglutinação de investidores de pequeno porte em torno das companhias e canaliza recursos de outros investimentos para as empresas.

Nos três casos aqui aventados tem-se, então, exemplos nos quais o ordenamento jurídico foi elaborado ou modificado com vistas ao alcance de valores socialmente desejados, sem descuidar da eficiência na geração ou distribuição da riqueza, fosse esta seu principal intento (como no caso da legislação falimentar) ou não (como na hipótese sobre a responsabilidade por atropelamentos).

2 - Interpretação e aplicação dos institutos positivados sob a ótica da eficiência

Interpretar uma norma jurídica é, em essência, extrair o significado de seus termos para aplicá-los à situação concreta apresentada. É sabido, porém, que as palavras de um texto legal – ao contrário dos números – não comportam apenas um único sentido. "*Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma dessas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela está contida na moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é A norma individual, mas apenas que é UMA das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.*" [25]

Dentre as duas ou mais interpretações possíveis sobre uma mesma norma jurídica é preciso, se pretendida uma análise econômica do Direito, optar por aquela que melhor se adeque ao padrão de eficiência econômica.

Cabe ao intérprete, diante da moldura que a norma jurídica lhe oferece, escolher aquela interpretação que permita alocar os direitos em discussão na titularidade daqueles que não estariam dispostos a trocá-los pelo seu

25 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. P 366.

equivalente financeiro ou, vista de outro modo: a norma jurídica deve ser interpretada de maneira que sua aplicação ao caso concreto torne os ganhos dos beneficiados por ela maiores que as perdas de quem tenha sido vencido em suas pretensões.

Mitchell Polinsky e Steven Shavell, a seu turno, abordam a importância que a eficiente interpretação dos contratos tem para as partes e os modos de sanar tais adversidades: *"Notavelmente, se as partes estão preocupadas que um aspecto do contrato não seja interpretado com querem elas podem tanto arcar com os custos de redigir um termo mais explícito, que seria respeitado pelo tribunal, ou podem simplesmente aceitar as perdas esperadas por terem um termo menos eficiente."*[26]

Outro bom exemplo de como a interpretação do direito positivo pode influir sobre a sua repercussão econômica pode ser dado pelo antigo art. 335, V do Código Comercial brasileiro.

Ali estava disposto que o sócio poderia requerer a dissolução da sociedade a que estivesse vinculado por prazo indeterminado sempre que assim o desejasse.

Em uma primeira aproximação, interpretou-se o termo dissolução em seu sentido mais reto: rompimento

26 "*Notably, if the parties are concerned that an aspect of their contract would not be interpreted as they want, the could either bear the cost of writing a more explicit term that would be respected by the tribunal, or they could simply accept the expected loss from having a less-than-efficient term.*" POLINSKY, Mitchell A. SHAVELL, Steven. Economic Analysis of Law. *John M. Olin Center for Law, Economics, and Business*. Discussion paper n. 536. November, 2005. p 17. Tradução livre. Veja também: SCHWARTZ, Alan. SCOTT, Robert E. Contract Theory and the limits of Contract Law. *Yale Law Journal*, Vol. 113. 2003.

total do contrato social e extinção da pessoa jurídica dele decorrente.

Entretanto, atenta às danosas repercussões econômicas desta interpretação a jurisprudência caminhou - valendo-se de institutos como o contrato plurilateral - para atribuir ao termo dissolução citado no dispositivo legal uma feição apenas parcial.

Rompe-se apenas parcialmente o contrato de sociedade, permitindo a saída do sócio insatisfeito, mas, ao mesmo tempo, mantendo a unidade produtiva em funcionamento, com notórios ganhos para a atividade produtiva.

Parece este um exemplo acabado em que não a legislação, mas sua interpretação, foram modificadas de uma modalidade economicamente ineficiente para outra mais adequada à maximização da riqueza disponível e menos danosa aos sucumbentes.

3 - Seleção, entre duas ou mais opções juridicamente admissíveis, daquela economicamente mais eficiente

Não se trata aqui de duas diferentes interpretações sobre uma mesma norma, uma delas economicamente mais eficiente que a outra.

Trata-se de analisar as duas ou mais normas jurídicas aplicáveis a uma determinada situação concreta optando-se, dentre as opções licitamente admissíveis, por aquela economicamente mais eficiente.

Relevante exemplo é dado por Richard Posner ao discutir as opções que um empreendedor tem à sua

disposição para estruturar sua atividade profissional de finalidade lucrativa.[27]

Pode-se também analisar, sob este prisma, as sociedades limitadas e as sociedades por ações: tanto uma quanto a outra são tipos societários previstos e disciplinados pela legislação brasileira. Salvo algumas exceções expressas (como o caso de instituições financeiras), duas ou mais pessoas que pretendam unir seus esforços pessoais e patrimônio para a realização de uma mesma atividade podem livremente optar por uma ou outra modalidade.

São, deste modo, dois institutos distintos destinados a disciplinar uma realidade que, a princípio, é a mesma: a união de esforços e patrimônio para a realização de uma mesma atividade econômica com a conseqüente repartição dos resultados (contrato de sociedade).

É aí que entra a análise da questão sob o ponto de vista de sua eficiência. Considere-se as seguintes situações:

1ª - Os sócios são pessoas de uma mesma família, em grupo pouco numeroso e pretendem ter direta ingerência sobre a gestão do empreendimento.

---

27 "*Contrast two methods of organizing the production of (say) mobile homes. In one, the entrepreneur contracts with one person to supply the component parts, with another to assemble them, and a third to sell the finished product. In the second method, he hires them to perform these tasks as his employees under his direction. The first method of organizing production is the traditional domain of contract law, the second of master-servant law. The essence of the first method is that the entrepreneur negotiates with each of the three contractors an agreement specifying the price, quantity, quality, due date, credit terms, etc., of contractor's performance. The essence of the second method is that the entrepreneur pays them wages, not for a specific performance, but the right to direct their performance.*" POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little, Brown and Company, 1972. P 174.

2ª - Os sócios são pessoas de uma mesma família, mas em grupo bastante numeroso e com direta ingerência sobre a empresa não havendo, por outro lado, grande harmonia de pensamento entre eles.

3ª - Os sócios são integrantes de uma mesma família, mas têm o objetivo de abrigar no quadro de membros da sociedade outras pessoas estranhas ao núcleo familiar e, além disso, já estudam a possibilidade de negociar ações no mercado de valores mobiliários.

A modalidade de sociedade a ser adequadamente escolhida pelos interessados, em cada uma destas hipóteses, varia não segundo critérios de licitude/ilicitude, tendo em vista que qualquer uma das opções dadas (sociedade limitada ou anônima) é plenamente aplicável, sob este critério, à situação posta.

Em cada uma das três hipóteses cumpre optar, dentre as diferentes modalidades de sociedades legalmente admitidas, por aquela que permita aos sócios, face às peculiaridades de relações e interesses de cada um, a solução economicamente mais eficiente.

Isto não significa que a eficiência deva ser sempre respeitada como critério de análise da legislação. Ao contrário, há oportunidades em que deverá ela ser deixada de lado em prol de outros valores socialmente mais relevantes.

Esta constatação, porém, ao invés de desacreditar a análise econômica do Direito vem em seu reforço, na medida que, para abdicar-se da eficiência em prol de outros valores

socialmente mais relevantes, diante da situação concreta, é preciso saber qual seria a opção mais eficiente.

Capítulo II – A Empresa em Direito e Economia

I – A empresa e sua apreensão pela Economia

Ao se estudar as atividades de produção ou distribuição de bens ou de serviços e a forma pela qual são implementadas, pode-se constatar que elas envolvem e necessitam de uma complexa e organizada teia de recursos economicamente mensuráveis, além de transações juridicamente relevantes.

A divisão e especialização do trabalho humano fez com que hoje seja praticamente impensável a produção de algum bem ou a prestação de algum serviço efetuada, do seu início ao seu término, por um único indivíduo, munido apenas dos recursos materiais de sua propriedade.

Ainda que, do ponto de vista fático, seja possível que um bem ou serviço seja inteiramente produzido ou distribuído exclusivamente por uma pessoa e seus recursos materiais, esta operação econômica se revelará certamente mais eficiente – ou seja, mais lucrativa e menos dispendiosa - se efetuada a partir do esforço conjunto e dos recursos materiais de diferentes pessoas, cada qual responsável por uma parte da cadeia produtiva.

Assim, a produção ou a distribuição de bens ou serviços é realizada a partir do agrupamento de diferentes fatores que, somados e organizados, permitem sejam implementadas tais atividades. "*Economia é o estudo do funcionamento de organizações econômicas, e organizações*

econômicas são arranjos sociais (e raramente individuais) para lidar com a produção e distribuição de bens ou serviços."[28]

Para entender e explicar tal realidade a Economia se apoia sobre o que chama de *insumos* ou *fatores de produção*: *"Os recursos de produção são também denominados fatores de produção. Eles são constituídos pelas dádivas da natureza (fator terra), pela população economicamente mobilizável (fator trabalho), pelas diferentes categorias de capital (fator capital) e pelas capacidades tecnológicas (fator tecnologia) e empresarial (fator empresarialidade ou organização). (...) Do emprego desses cinco fatores de produção, de sua disponibilidade, de suas qualificações ou capacitações, das formas de sua mobilização e de sua interação resultam os padrões de atendimento das ilimitáveis necessidades individuais e sociais."*[29]

Constata-se que a geração de bens e serviços é realizada essencialmente a partir do agrupamento dos recursos naturais e financeiros disponíveis. A estes dois elementos deve se acrescer a mão-de-obra humana e os conhecimentos tecnológicos existentes, fatores aptos à otimização e transformação dos recursos naturais e financeiros[30].

---

28 *"Economics is the study of the operation of economics organizations, and economic organizations are social (and rarely individual) arrangements to deal with the production and distributions of economic goods and services."* STIGLER, George J. *The Theory of Price*. New York: Ed. Macmillan, 1952. P 1. Tradução livre.

29 ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à Economia*. 20ª edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2003. P 91.

30 As inovações tecnológicas são vistas como *"(...) um instrumento fundamental para o aumento da produtividade, isto é, maior produção, ou uma melhora na sua*

Inegável também que de pouco adiantaria a composição destes quatro fatores produtivos se faltasse o elemento organização. É a partir dele que os quatro outros fatores de produção são combinados de forma harmônica e destinados, todos, a uma mesma finalidade: a produção e circulação de bens ou prestação de serviços.

"Considera-se que, quando deixados entregues a si próprios, a terra, o trabalho e o capital não produzem nada. Deve haver alguém, um indivíduo ou um grupo de pessoas, que organize estes três factores de modo a que possa haver produção. Alguém tem que decidir: (a) o que produzir (i.e., o tipo de bens ou serviços e a quantidade); (b) como produzir (i.e., os processos de produção); (c) onde produzir (i.e., a localização da empresa). Aquele que toma as decisões e assume os riscos consequentes designa-se por empresário [*entrepreneur*, no original. A língua inglesa recorre ao termo francês]. *O empresário é o indivíduo que se dedica à produção com o objectivo de obter lucro*."[31]

A partir da ideia de insumos ou fatores de produção e de seu emprego organizado é possível definir economicamente a empresa (chamada também de capacidade empresarial ou empresarialidade): trata-se da aglutinação e organização dada aos fatores de produção

qualidade em relação ao emprego de uma mesma proporção de fatores de produção em determinado processo produtivo, podendo, portanto, assumir um caráter marcante para a competitividade empresarial." (CORRÊA, Daniel Rocha. *Contratos de Transferência de Tecnologia*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2005. P 61.

31 STANLAKE, George Frederik. *Introdução à Economia*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. P 61.

para o exercício de uma atividade destinada à produção ou distribuição de bens ou de serviços.

Neste sentido a empresa é a soma de recursos naturais (fator terra), mão de obra (fator trabalho), dinheiro (fator capital) e conhecimentos técnicos (fator tecnologia) para que, devidamente organizados por uma pessoa física ou jurídica (o empresário), gerem bens ou serviços.

É necessário observar, porém, que o agrupamento harmônico dos fatores de produção ou insumos somente se implementa a partir da realização, pelo empresário, de uma intrincada, mas organizada, série de transações[32].

Assim, para obter o insumo trabalho o empresário realiza transações - contratos - com as pessoas dispostas a fornecer-lhe tal fator de produção (os empregados) e deve estar disposto a lhes recompensar, por meio dos salários, pelo uso de sua força de trabalho.

Para conseguir o fator de produção capital este mesmo empresário necessita de entabular transações com o Poder Público, instituições financeiras ou famílias que disponham deste recurso para ceder-lhe mediante uma recompensa corporificada pelos juros cobrados.

---

32 O termo "transações" usualmente empregado em Economia corresponde àquilo que, em Direito, se conhece por relação ou transação jurídica. *"A transação jurídica é um ato pelo qual os indivíduos autorizados pela ordem jurídica regulam juridicamente certas relações. É um fato criador de Direito, pois produz os deveres e direitos jurídicos das partes que participam da transação"* (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 199). Toda vez que dois ou mais indivíduos decidem livremente entre si quais os direitos e deveres de um em relação ao outro temos uma transação tanto no sentido econômico quanto jurídico. A transação ou relação econômica ou jurídica por excelência é constituída pelo contrato.

Também o fator terra é obtido por meio de relações jurídicas levadas a cabo entre o empresário que dele necessita e seus titulares. *"O preço do uso de uma parcela de terra, durante um período de tempo, é designado por renda ou, por vezes, renda econômica pura."*[33]

De maneira similar este mesmo empresário, para conseguir a matéria-prima ou a tecnologia de que necessita, deve entabular transações com seus fornecedores e remunerá-los por meio do pagamento de preços ou *royalties*. Assim também com qualquer outro recurso economicamente relevante para o exercício de sua atividade de produção ou distribuição de bens ou serviços.

A empresa, para a Economia, é tomada também como um conjunto de transações ou relações jurídicas: *"Uma empresa, portanto, consiste no sistema de relações que ganham vida quando a direção de recursos é dependente do empreendedor."*[34]

Deste modo, se a empresa pode ser economicamente concebida como a organização dos fatores produtivos, deve ser compreendida não apenas como o conjunto composto por terra, capital, trabalho, tecnologia e matérias-primas (visão estática da empresa) mas também como o conjunto das transações jurídicas (contratos) que se deve implementar

33 SAMUELSON, Paul A. NORDHAUS, William D. Economia. 16a ed. São Paulo: Mc Graw Hill, 2001. P 249.

34 "*A firm, therefore, consists of the system of relationships which comes into existence when the direction of resources is dependent on an entrepreneur.*" COASE, Ronald. The Nature of The firm. *The firm, the market and the law*. Chicago and London: Chicago University Press, 1988. P 6. Tradução Livre.

para organizar e manter em funcionamento tais fatores de produção (visão dinâmica da empresa)[35].

Pode-se tomar a empresa tanto como um conjunto organizado de recursos economicamente relevantes (os fatores de produção ou insumos) quanto como o conjunto de transações ou relações jurídicas contratuais destinadas ao constante agrupamento e organização destes mesmos fatores de produção. Na primeira apreensão têm-se uma visão estática da empresa. Sob a segunda perspectiva a empresa é vista em funcionamento, em atividade, sendo, por isso, uma visão dinâmica.

Cada fator de produção de que precisa o empresário para constituir e exercer a empresa exige a devida recompensa, seja na forma de salários, juros, renda, preços ou royalties. Estes custos são modalidades de custos de produção, entendidos estes como aquilo de que teve de abrir mão (seja na forma de salários, juros, renda ou

35 A empresa, como salientado no início deste texto, não é um fenômeno que compreenda uma única aproximação, dada sua essencial complexidade e caráter multifacetado. Na literatura sobre Teoria da Empresa (*Theory of the firm* em inglês) são prevalentes as análises que enfocam a empresa ora enfatizando seu perfil estático (conjunto de fatores produtivos organizados), ora seu perfil dinâmico (conjunto de contratos estabelecidos pelo empresário). *"In the last fifteen years or so a formal literature – the property rights approach – has developed that tries to explain firm boundaries in terms of the optimal allocation of asset ownership (...). This literature shares with the earlier transaction cost literature of Williamson and Klein, Crawford and Alchian the view that firms are important when contracts are incomplete."* (HART, Oliver. Norms and Theory of the Firm. *Harvard Institute of Economic Research*. Discussion Paper n. 326. May 2001. P 8. Veja também: HART, Oliver. HOLMSTROM. Bengt. A theory of Firm Scope. *Massachussets Intitute of Technology – Department of Economics – Working Paper Series* n. 02-42. November 2002; BAKER. George. GIBBONS, Robert. MURPHY. Kevin J. Relational Contracts and theory of the Firm. *Division of Research at Harvard Business School*. December 1997.) Tais abordagens, porém, são complementares e não contrapostas, divergindo apenas com relação ao aspecto da empresa posto em relevo para fins de análise.

preço) o empresário para produzir ou distribuir um bem ou serviço. "*Os custos, como todos nós sabemos, são geralmente calculados em termos monetários e incluem salários, rendas, taxas e juros, e ainda os montantes pagos por matérias-primas, combustíveis, energia, transportes, etc.*"[36]

É verdade, entretanto, que os custos de produção não se restringem ao que paga o empresário a título de salários, rendas, juros e demais recompensas aos fatores de produção agregados por ele. Há ainda o que a Economia conhece por *custos de oportunidade*, representados por aquilo que o empresário está "deixando de ganhar" se, ao invés de dedicar seu tempo e seus recursos ao exercício da empresa, fosse cuidar de efetuar outro tipo de atividade.[37]

Os custos de produção não são, entretanto, os únicos com que arca o empresário para devida e legalmente exercer a empresa. Os custos de produção estão ligados aos custos de oportunidade e à remuneração de cada um dos fatores produtivos, que representam, como visto, apenas uma faceta da empresa para a Economia (visão estática).

Entendida também como um complexo de transações ou relações jurídicas contratuais, a empresa acarreta para o empresário uma outra ordem de custos que não podem ser confundidos com os custos de produção.

---

36 STANLAKE. George Frederik. *Introdução à Economia*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p 95

37 MANKIW, Gregory. *Introdução à Economia*. 3a ed. São Paulo: Thomson Learning, 2005. p 51. STIGLITZ, Joseph E. WALSH, Carl E. *Introdução à Microeconomia*. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 2003. p 31.

A implementação das relações ou transações jurídicas necessárias ao exercício da empresa também têm um custo, representado pelo valor – em tempo e dinheiro - gasto para planejá-las, efetuá-las e concretizar os seus efeitos. "*Quando empreendendo uma transação as partes da transação devem incluir vários tipos de custos. Custos* Ex ante *são contraídos antes que a transação tenha lugar. Se a transação for disciplinada por um contrato escrito o contrato deve ser minutado. Se regida por um contrato ou simples compromissos verbais, os termos da transação devem ser negociados. Custos* Ex post *são contraídos na consumação e salvaguarda do acordo que foi originalmente estruturado"*[38]

Foi a partir do estudo da empresa e de sua apreensão não apenas como um conjunto organizado de fatores de produção, mas também como um encadeamento de transações ou relações jurídicas que Ronald Coase lançou a discussão a respeito de um tema que hoje se prova central em se tratando de análise econômica do Direito. Tal variável é conhecida por *custos de transação*.

A discussão em torno do assunto é de tal relevância e cercada de opiniões tão diversas entre si que Douglas W. Allen chegou a formular a seguinte indagação*: "Custos de*

38 *"When undertaking a transaction, parties to the transaction must incur several sorts of costs. Ex ante costs are incurred before the transaction takes place. If the transaction is to be governed by a written contract, the contract must be drafted. Whether governed by a contract or simply by verbal commitments, the terms of the transaction must be negociated. Ex post cost are incurred in consummating and safeguarding the deal that was originally struck."* KREPS, David M. *A Course in Microeconomic Theory*. New Jersey: Princeton University Press, 1990. P. 743. Tradução livre.

transação: Existem duas outras palavras do léxico econômico que geraram tanto atrito?"[39]

Obviamente que não é propósito deste texto sanar questão tão pantanosa. A expressão *custos de transação* será aqui utilizada em apenas um de seus possíveis sentidos, o qual parece particularmente adequado à análise econômica do Direito: custos de transação consistem naquilo que se precisa pagar ou de que se deve abrir mão para constituir, manter, proteger ou transferir os direitos e deveres decorrentes de uma relação contratual[40].

O empresário, no exercício da empresa, precisa constituir, com salientado, uma série de transações jurídicas destinadas a viabilizar a organização dos fatores de produção. A cada fator de produção ele deve remunerar por meio de salários, renda, juros ou preços (custos de produção).

Entretanto, para implementar as transações – estabelecer as relações jurídicas - destinadas a estipular como vai se efetuar a troca de salário por trabalho, capital por juros, terra por renda e tecnologia por royalties e garantir que sejam respeitados e protegidos os termos destas mesmas relações o empresário tem uma outra ordem de custos, os custos de transação.

---

39 *"Transaction costs. Do another two words exist in the economic lexicon that generate as much friction?"* ALLEN, Douglas W. *Transaction Costs*. www.coase.org. site consultado em 11/10/18. Tradução livre.

40 *"(...) at the microlevel, transaction costs consist of those costs associated within contracting between private parties."* MERCURO, Nicholas. MEDEMA, Steven G. *Economics and the law – from Posner to Post-Modernism.* New Jersey: Princeton University press. 1999, P. 131.

Na realização das transações inerentes ao exercício da empresa o empresário deve arcar com uma série de custos que consistem não apenas no salário pago aos empregados, mas também no tempo e dinheiro que gasta para selecionar e contratar seus prestadores de serviços, negociar o valor dos salários e demais cláusulas contratuais com eles ou cumprir as exigências legais de contratação; deve se preocupar não apenas com o valor dos juros com os quais remunera o prestador do capital, mas também com o tempo e o dinheiro que gasta para contratar o empréstimo, elaborar o acordo ou para exigir que sejam observadas as cláusulas contratuais firmadas; deve atentar não apenas para a renda que remunera o proprietário do imóvel no qual se estabelece, mas também para o tempo e o dinheiro que consome na elaboração do contrato de locação ou no exercício de seus direitos de inquilino; precisa ainda considerar quais são os dispêndios nos quais para garantir a propriedade sobre os fatores de produção que mantém.

Por outro lado o empresário, para viabilizar sua empresa, deve cuidar não apenas do preço que recebe por seus produtos ou serviços, mas também do tempo e do dinheiro que leva para, por exemplo, recuperar ou provar judicialmente valores não recebidos, garantir a propriedade, posse e uso de seus produtos, contratar a forma pelo qual vai transferi-los a terceiros, etc.

A ideia econômica de empresa enquanto organização dos fatores de produção traz consigo os custos de produção – remuneração de cada fator de produção agrupado

somados aos custos de oportunidade – e os custos de transação – dispêndios relacionados não à remuneração dos fatores de produção, mas à implementação das transações ou relações jurídicas pelas quais são aglutinados.

II – A Empresa no Direito Privado

O Direito Comercial, desde suas mais remotas origens, se constituiu a partir de determinado conjunto de atos ou pessoas que justificassem a criação de regras especiais, apartadas do Direito Civil. Trata-se de um ramo do Direito surgido não em função de necessidades de ordem lógica ou científica e sim a partir das exigências das práticas comerciais e daqueles que atuam neste ramo da atividade humana.

A tendência do ordenamento jurídico em geral – e, mais especificamente, o direito privado – a consagrar normativamente valores ligados a uma determinada realidade econômica é historicamente comprovável:

A peça "O Mercador de Veneza", de William Shakespeare (1564-1616), retrata de maneira bastante detalhada a sociedade renascentista nas grandes cidades italianas da época, bem como a ascensão do comércio na Economia. Há várias versões cinematográficas da obra, das quais se pode destacar a estrelada por Al Pacino, Jeremy Irons e Joseph Fiennes (*The Merchant of Venice*. Direção: Michael Radford. Produção. Cary Brokaw, Michael Cowan, Barry Navidi e Jason Piette. EUA, Luxemburgo, Itália e Reino Unido. 2004

"A imagem do direito dos códigos civis é a seguinte – uma sociedade unitária e igualitária, subordinada aos princípios da liberdade de propriedade e da liberdade contratual; na sociedade real do século XIX, isto constituía, essencialmente, a ordem jurídica particular dos pioneiros da nova sociedade do lucro surgida com a revolução industrial. (...) Isso documenta o carácter particular da ordem jurídica que o movimento de unificação burguês expressamente favoreceu e adotou na codificação. Com o direito dos títulos de crédito e no direito comercial a classe burguesa dos empresários comerciais e industriais, estabeleceu para si um direito especial, mas também aqui de acordo com o modelo napoleônico: nas

suas linhas gerais já no o direito da ordem dos comerciantes do antigo regime (...), mas um direito especial, abstracto, adequado à função (não ao 'estado') dos comerciante, direito que, em virtude de um feliz destino, se tornou no 'pioneiro' do tráfego jurídico da sociedade burguesa."[41]

A influência que a estrutura econômica em um determinado momento histórico exerce sobre o conjunto de normas que ali se institui é apontada, inclusive, como a principal responsável pela existência e autonomia do ramo jurídico responsável pela disciplina da atividade comercial:

"Realmente, se retrocedermos na história do direito, fácil será constatar que o nascimento do direito comercial se conjuga com uma fratura entre o direito romano-canônico comum então vigente e as exigências econômicas que hoje em dia denominaríamos capitalísticas e que se fizeram sentir desde as comunas italianas no século XII em contraposição aos sistemas econômico então mais geralmente difundido". [42]

Com o advento do Código de Comércio francês, em 1807, ganhou corpo a noção de atos de comércio, adotada ali e pelos diversos Códigos que a ele se seguiram e nele se inspiraram.

Sob esta orientação, a legislação passou a elencar (de forma taxativa ou meramente exemplificativa) determinados atos que, independente da circunstância de

41 WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Ed. Calouste Gulbenkian, 2003. P 528/529.

42 ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial.* São Paulo: Saraiva e Cia Livraria Acadêmica, 1947. P 22.

serem praticados por comerciantes profissionais, estariam sob a disciplina do Direito Comercial, pelo simples fato de existir disposição legal a respeito deste enquadramento.

É a chamada concepção objetiva deste ramo especial do Direito Privado, oposta àquela anteriormente vigorante (concepção subjetiva) e segundo a qual determinado ato seria regulado pelo Direito Comercial desde que fosse praticado por comerciante profissional.

"Com o surgimento do Código Comercial Francês, ´Code de Commerce`, iniciou-se a fase que marcou a passagem da caracterização do direito comercial da pessoa do comerciante (fase subjetiva) para os atos jurídicos por qualquer pessoa praticados (fase objetiva); o legislador identificou atos jurídicos e os relacionou como sendo atos de mercancia. Foi o início da objetivação do Direito Comercial."[43]

O Código Comercial brasileiro de 1850 adotou o posicionamento do Código francês relegando, entretanto, ao Regulamento nº 737 do mesmo ano a tarefa de enumerar, em seu art. 19, aqueles atos apartados da disciplina do Direito Civil.

Porém, com o crescimento e aprimoramento da atividade produtiva e de intermediação foi possível perceber toda a insuficiência desta noção como elemento definidor do Direito Comercial enquanto ramo autônomo do conhecimento jurídico.

43 LIPPERT, Márcia Mallmann. *A Empresa no Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P 49.

A produção, transformação e circulação de bens pós-Revolução Industrial passaram a se efetuar, como já lembrado, de forma muito mais elaborada e organizada que a verificada quando do advento do critério dos atos de comércio, pela legislação.

A noção de comércio e de comerciante, como vislumbrados na origem histórica do Direito Comercial, é francamente distinta da realidade que a partir de agora se apresenta e a substituição dos atos de comércio por um critério mais amplo e adequado se torna indispensável.

Assim foi que no início do século XX - e especialmente após o Código Italiano de 1942 - passou-se a invocar a noção de empresa como real e verdadeiro critério distintivo sobre o qual se apoiariam as regras específicas componentes do ramo especial do Direito Privado. A partir de então cumpriria ao Direito Comercial a tarefa de regulamentar os chamados ''atos de empresa''.

Cabe ao Direito, face à importância que a organização empresarial dos fatores de produção apresenta para a sociedade moderna, dedicar-lhe os princípios, normas e institutos antes desenvolvidos apenas para o regramento dos atos de comércio. É assim que o Direito Comercial (o Direito do Comércio) passa a ser o Direito Empresarial (ou Direito da Empresa).

Porém a ideia de empresa apresenta, aos estudiosos em geral e aos juristas em particular, um fator complicador de significativa importância, qual seja: a caracterização da empresa tem origem e inicial desenvolvimento no âmbito

da Economia, sendo apenas posteriormente acolhida e empregada – nem sempre com o mesmo significado – no âmbito da Administração, das Ciências Contábeis e pelo Direito, que a adota como elemento substitutivo da noção de atos de comércio.

A noção jurídica de empresa acompanha, em grande parte, o entendimento que dela faz a Economia. O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas português se refere expressamente à definição de empresa em seu artigo 5º, que merece transcrição dada sua similitude com a concepção que a Economia tem do instituto:

Para efeitos deste Código, considera-se empresa toda a organização de capital e de trabalho destinada ao exercício de qualquer actividade económica.

Em seu Livro II o Código Civil de 2002 dedica-se a cuidar do que chama "Direito de Empresa", o qual nada mais é do que o regime jurídico privado especialmente elaborado para disciplinar os atos vinculados à empresa. Assim o direito positivo brasileiro adota expressa e definitivamente (art. 966 *caput*) o conceito de empresa como elemento balizador e distintivo entre o campo de incidência das normas de direito privado.

No Direito brasileiro, porém, a definição de empresa agrega outros elementos que, a rigor, são irrelevantes do ponto de vista econômico. Assim, nem tudo o que pode ser considerado empresa para a Economia é, no Direito, objeto das normas especiais componentes do Direito de Empresa.

A noção econômica de empresa em muito se assemelha, mas não se equipara à sua definição jurídica.

Determinadas atividades econômicas, embora organizadas para a produção ou circulação de bens ou serviços e com nítido intuito lucrativo estão apartadas da ideia de empresa consagrada pela legislação brasileira.

Tais atividades econômicas encontram-se no parágrafo único do já mencionado art. 966 do Código Civil de 2002, que diz:

Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Tem-se que qualquer pessoa física ou jurídica que desenvolva profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística terá sua atividade apartada das normas do Direito de Empresa ainda que pratique tal atividade com intuito lucrativo e de forma economicamente organizada.

Trata-se, regra geral, de atividades nas quais há um vínculo essencial entre o adquirente do serviço e os atributos profissionais e pessoais que acompanham a pessoa que irá prestá-lo. As atividades intelectuais, artísticas, científicas ou literárias podem ser prestadas de forma empresarialmente organizada e certamente apresentam, hoje, intuito lucrativo. Seriam então, sob um enfoque econômico, exemplos de empresas.

Foram, porém, apartadas da definição jurídica de empresa (e, por consequência, do âmbito de incidência

das normas de Direito Empresarial) face ao caráter personalíssimo que se lhes costuma acompanhar.

Tanto é esta a orientação da legislação brasileira que quando tais atividades de feição personalíssima perdem este caráter, em virtude da prevalência da organização econômica por ela dada aos fatores de produção, a solução legal é diferente.

Segundo os termos do citado art. 966 par. único se as atividades intelectuais, artísticas, científicas ou literárias se constituem em "elemento de empresa" o sujeito que as exerce passa a se submeter ao Direito de Empresa.

Assim, se as atividades desta natureza são prestadas sem a prevalência do caráter personalíssimo que justificou sua separação das demais atividades empresariais – e sim com parte de um complexo mais abrangente de serviços - não há fundamento para tal cisão.

> *O famoso* Circo de Soleil *requereu, em 2020, no Canadá, a instauração de procedimento análogo à recuperação judicial de empresa, em virtude da cessação temporária de suas atividades artísticas, dada a Pandemia de COVID-19.*
>
> *Trata-se de exemplo de pessoa jurídica na qual o elemento artístico que indubitavelmente lhe sustenta é, pode-se dizer, suplantado pela significativa e economicamente organizada forma empresarial de exercício de suas atividades, caracterizando o tal "elemento de empresa" referido no art. 966 parágrafo único do Código Civil Brasileiro. Disponível em: https://extra.globo.com/tv-e-lazer/cirque-du-soleil-pede-recuperacao-judicial-apos-crise-por-pandemia-de-covid-19-24507328.html*

Outro ponto de contraste entre a aproximação econômica e a definição jurídica de empresa no direito brasileiro está no art. 971 do Código Civil de 2002. Diz ele:

O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

Se analisado o tema apenas face à aproximação econômica traçada e à literalidade do *caput* do art. 966, não restarão maiores dúvidas sobre a afirmação de que a pessoa (física ou jurídica) que se dedique profissionalmente a atividade agrária é exercente de uma "atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços", ou seja: é empresário (o chamado empresário rural).

De acordo com o Código Civil, porém, estes profissionais somente se sujeitarão às normas concernentes ao Direito de Empresa se formalizarem seu registro perante a Junta Comercial de sua sede.

Conclui-se, portanto, que os empresários rurais passam a representar categoria profissional cujo regime jurídico é definido não pelo objeto de sua atividade, mas sim pelo local onde forem arquivados seus atos constitutivos (Junta Comercial ou Cartório civil). Tal registro ganha, para estes profissionais, efeito até então desconhecido do Direito brasileiro.

Vários autores de expressão, como Waldírio Bulgarelli, se referem à empresa como sujeito de direito[44]. Este movimento encontra respaldo ainda em diferentes tópicos da legislação pátria, como na Consolidação das Leis do Trabalho (art. 2º) e mesmo na Constituição Federal de 1988[45].

---

44 BULGARELLI, Waldírio. *A teoria jurídica da empresa*. 1ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985. P 47.

45 REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial - Vol. 1.* São Paulo: Ed. Saraiva, 1982. P 58 e TAVARES PAES, P. R. *Curso de Direito Comercial - Vol II*. São Paulo: Ed. Revista

Também em outros ramos das Ciências Sociais Aplicadas (como na Administração e nas Ciências Contábeis)[46] costuma-se empregar o termo empresa como sinônimo de pessoa jurídica constituída para o exercício de uma atividade de produção ou circulação de bens ou serviços.

Não há, entretanto, como concordar com a ideia de subjetivação da empresa, face ao texto do Código Civil de 2002, que, neste particular, preferiu não exibir específica definição de empresa, optando por remeter, assim como fez o Código Italiano de 1942, à caracterização do empresário.

Diz o *caput* do art. 966 do Código Civil brasileiro:

Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços.

Se empresário é a pessoa que exerce profissionalmente e de forma organizada atividade econômica destinada à produção ou circulação de bens ou serviços resta claro que, ao contrário do que apregoam os partidários da subjetivação da empresa, essa se refere à atividade e não à pessoa do empresário.

Empresário, no Direito (e, como visto, também para a Economia), é o titular da empresa. É a pessoa física ou jurídica que, em seu nome e conta, pratica profissional

---

dos Tribunais, 1987. P 41.

46 DRUCKER. Peter. *Introdução à Administração*. 3ª edição. São Paulo: Ed. Thompson-Pioneira, 1998. MARION, José Carlos. *Contabilidade Empresarial*. 10ª edição. São Paulo: Ed. Atlas. 2003.

e organizadamente atos de produção e/ou distribuição de bens ou serviços com intuito de lucro.[47]

Há, no direito brasileiro, duas espécies de empresários. Um deles é o empresário individual, a pessoa física que, em seu próprio nome, exerce a empresa com intuito lucrativo e profissional[48]. O outro é o empresário pessoa jurídica, que nada mais é do que os diversos tipos de sociedades empresárias ou a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), prevista no art. 980 do Código Civil brasileiro.

É inegável que o empresário (seja uma pessoa física ou jurídica) é o sujeito de direito que pratica a atividade econômica empresarial. É o ente dotado de personalidade jurídica e que realiza, em seu nome, atos de produção e/ou distribuição de bens ou serviços com intuito de lucro.[49]Assim

---

47 *"A pessoa jurídica empresária é cotidianamente denominada 'empresa', e os seus sócios são chamados 'empresários'. Em termos técnicos, contudo, empresa é a atividade, e não a pessoa que a explora; e empresário não é o sócio da sociedade empresarial, mas a própria sociedade. É necessário, assim, acentuar, de modo enfático, que o integrante de uma sociedade empresária (o sócio) não é empresário, não está, por conseguinte, sujeito às normas que definem os direitos e deveres do empresário. (...) A empresa pode ser explorada por uma pessoa física ou jurídica. No primeiro caso, o exercente da atividade econômica se chama empresário individual; no segundo, sociedade empresária. Como é a pessoa jurídica que explora a atividade empresarial, não é correto chamar de 'empresário' o sócio da sociedade empresária."* COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial - Vol. I*. 2ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999. P 61/62).

48 A pessoa física pode também optar pela criação de uma Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), que é uma modalidade de pessoa jurídica composta por um único participante (art. 980.A do Código Civil).

49 Neste sentido, Osmar Brina Corrêa Lima verifica que *'' já no campo do Direito Comercial, a empresa é considerada do ponto de vista objetivo, como atividade de uma pessoa, física ou jurídica, que é o empresário.''* CORRÊA LIMA, Osmar Brina. *Sociedades Anônimas - textos e casos*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1991, p 15.

a definição jurídica de empresa é obtida a partir de quatro características a ela inerentes:

1 – quanto ao objeto – trata-se de um gênero de atividades humanas. São atos e relações jurídicas habitualmente realizados com vistas à produção, à intermediação/circulação de bens ou, ainda, à prestação de serviços.

O objeto da empresa é o exercício habitual da produção ou distribuição de bens ou da prestação de serviços. Vale lembrar, porém, que, quanto à prestação destes serviços, estão excluídas aquelas atividades que denotem nítido vínculo personalíssimo entre o prestador e o tomador do serviço.

2 - quanto à finalidade – para o Direito, só há empresa quando a atividade por ela desenvolvida (produção ou distribuição de bens, prestação de serviços sem caráter personalíssimo) se efetua com intuito lucrativo. As atividades exercidas sem finalidade de ganho pecuniário estão apartadas da ideia jurídica de empresa e, logicamente, as pessoas que a elas se dedicam não são empresários.

3- quanto à forma – Economicamente a empresa se ampara sobre o modo pela qual são agrupados os fatores de produção. Em função disso também só se pode pensar em empresa, para o Direito, quando se encontram economicamente organizados os quatro fatores de produção fundamentais: capital, recursos naturais, trabalho e tecnologia. A empresa é exercida como finalidade lucrativa e de forma economicamente organizada.

4 – risco – A atividade empresarial implica na assunção maciça de obrigações de ordem patrimonial, obrigações estas que recairão sobre o patrimônio do sujeito de direito que a exerça (o empresário).[50]

Cumpre ao ordenamento jurídico, por sua vez, regular a matéria de modo a evitar que o risco assumido pelo empresário acabe por ser compartilhado por terceiros como fornecedores e instituições financeiras. *"A imputação da atividade empresarial parece estar relacionada à assunção de riscos, à possibilidade de perda da riqueza investida no exercício da atividade da empresa. Risco é inerente à atividade empresarial e perder ou ganhar faz parte dela. Entretanto, é preciso distinguir, por serem distintas, as pessoas do empresário, organizador dos fatores da produção, das dos investidores, aqueles que aportam recursos financeiros para a organização empresarial."*[51]

A organização dos fatores de produção para o exercício organizado de tal gênero de atividades não é garantia, para seu titular, de que o lucro procurado será efetivamente alcançado. O risco de insucesso financeiro é inerente à empresa e, nesta hipótese, cabe ao empresário responder patrimonialmente pelo fracasso.

---

50 *"Há um princípio fundamental, em matéria de responsabilidade civil, segundo o qual o devedor responde, com a totalidade de seus bens, presentes e futuros, pelo adimplemento de suas obrigações: o patrimônio do devedor é a garantia comum de seus credores."* GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. O Regime Jurídico da Insolvência. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná – N. 19*. 1997. P 26.

51 SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo: Ed. Atlas, 2004. P 159.

III – Direito, empresa e eficiência

Se tomada a empresa em seu sentido estático (como conjunto organizado de fatores produtivos) será possível constatar que esta categoria econômica é disciplinada juridicamente sob a perspectiva dos direitos de propriedade.

Cumpre ao Direito disciplinar a empresa - em seu sentido estático - estabelecendo os poderes, as garantias e limites disponíveis ao empresário sobre o uso e gozo dos fatores produtivos por ele organizados. Cabe à legislação assegurar ao empresário, através da disciplina dos direitos de propriedade, o poder de empregar sua organização econômica no sentido que mais lhe interesse.

Ronald Coase concentrou-se sobre o estudo dos direitos de propriedade e a eficiência a partir dos custos de transação[52]. O famoso *Teorema de Coase*, que procura sintetizar a relação entre o Direito (mais especificamente os direitos de propriedade) e os custos de transação pode ser abordado sob diferentes formas, uma das quais se expõe a seguir:

A análise econômica parte da premissa de que os agentes econômicos[53] atuam no mercado com o objetivo de maximizar seus próprios interesses e, como consequência

52 COASE, Ronald. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*. The University of Chicago Press I. N.3. 1960

53 "Agentes econômicos" são quaisquer entes dotados de capacidade para validamente adquirir direitos ou contrair obrigações. São, em termos jurídicos, sujeitos de Direito.

natural deste intuito, procuram orientar sua conduta sob a perspectiva de sua eficiência[54].

As transações econômicas (relações contratuais) são instrumentos pelos quais os agentes econômicos procuram interagir no sentido de obter a máxima eficiência na produção ou alocação dos bens e serviços disponíveis e, deste modo, maximizar seus próprios interesses.

Entretanto, a constituição destas relações contratuais, destinadas à maior eficiência de produção ou distribuição, acarretam um dispêndio de tempo e/ou dinheiro para sua constituição, custos estes denominados custos de transação.

Transpondo tal raciocínio para o âmbito dos direitos de propriedade sobre as diferentes categorias de bens, pode-se afirmar que os agentes econômicos tendem a transacionar (estabelecer relações jurídicas contratuais) com o objetivo de alcançarem uma situação na qual a propriedade sobre estes bens esteja distribuída da forma mais eficiente.

Distribuição eficiente dos direitos de propriedade sobre os bens significa, com base na definição de Kaldor-Hicks[55], atribuir-se tais direitos de propriedade àqueles que

---

54 *"Economic analysis of law seeks to identify the effects of legal rules on the behavior of relevant actors and whether these effects are socially desirable. The approach employed is that of economic analysis generally: the behavior of individuals and firms is described assuming that they are forward looking and rational, and the framework of welfare economics is adopted to assess the social desirability of outcomes."* POLINSKY, Mitchell A. SHAVELL, Steven. Economic Analysis of Law. *John M. Olin Center for Law, Economics, and Business. Discussion paper n. 536*. November 2005. P 2.

55 BLAUG, Mark. *Economic Theory in retrospect*. Fifth Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. P 574. MERCURO, Nicholas. MEDEMA, Steven G. *Economics*

mais os valorizam, ou seja: deve-se conferir a propriedade dos bens aos agentes econômicos (sujeitos de direito) que não estariam dispostos - por lhes ser menos vantajoso - a abrir mão dela pelo seu equivalente financeiro.

Se os direitos de propriedade de um bem são conferidos a alguém que está disposto a cedê-los pelo seu equivalente financeiro (alocação ineficiente) haverá no mercado pelo menos uma transação econômica (ou relação jurídica) entre este proprietário e outro agente econômico para quem os direitos de propriedade sobre tal bem valham tanto que ele está disposto a pagar o que por eles deseja o proprietário.

Cumpre à legislação e aos seus aplicadores, deste modo, se antecipar a tal realidade e incumbirem-se de eles próprios conferirem os direitos de propriedade àqueles indivíduos que valorizam tais direitos, como instrumentos de maximização de seus interesses, a ponto de que se recusariam a cedê-los pelo seu equivalente financeiro mas, ao contrário, se disporiam a ir ao mercado para adquirir tais direitos de propriedade pelo valor que têm para seus titulares.

Agindo desta forma a legislação e os juízes contribuem para a diminuição de transações (relações jurídicas contratuais) necessárias à alocação eficiente dos direitos de propriedade e, por óbvio, levam também à diminuição dos custos de transação no exercício da empresa.

---

and the law – from Posner to post-modernism. Princeton – New Jersey: Princeton University press, 1999. P 50.

Se a legislação já distribuir os direitos de propriedade segundo este critério de eficiência, não haverá motivo para que as pessoas (e mais especificamente os empresários) busquem transacionar sobre estes direitos, uma vez que eles estarão sob a titularidade de quem mais os valoriza não havendo também, por consequência, quem, no mercado, possa ou queira pagar por eles.

Se reduzidas a zero as transações (relações jurídicas) destinadas a alterações nos direitos de propriedade sobre os bens (uma vez que já efetuada de forma eficiente) são automaticamente anulados os custos de transação.

Assim, quanto mais os direitos de propriedade sobre os bens forem alocados de forma eficiente (ou seja, atribuindo-os a quem mais os valorize) menos numerosas serão as transações econômicas – relações jurídicas – realizadas para atingir-se esta eficiência na alocação da propriedade sobre os fatores de produção e, obviamente, menores são os custos de transação para o exercício da empresa.

Pode-se também – e isto é constantemente feito pela análise econômica do Direito – ampliar o Teorema de Coase de forma a aplicá-lo às normas disciplinadoras de outros institutos. Isto será feito, abaixo, com relação à visão dinâmica da empresa.

A empresa é, sob seu aspecto dinâmico, um feixe coordenado de relações jurídicas contratuais estabelecidas pelo empresário com a finalidade de organização dos

fatores de produção e circulação dos bens ou serviços por ele produzidos ou distribuídos.

Já foi salientado que a empresa, vista sob seu aspecto estático, é juridicamente regulada por meio dos direitos de propriedade. Já sob sua perspectiva dinâmica, a empresa é objeto da legislação quando esta disciplina a constituição, existência, efeitos e extinção dos contratos.

Sob a perspectiva dinâmica da empresa, não se pode admitir como eficiente (e mesmo factível) uma hipótese em que tais transações econômicas (relações jurídicas contratuais) não sejam realizadas.

Ao contrário do que se tem quanto aos direitos de propriedade (responsáveis pela disciplina da empresa em sentido estático), em que a eficiência está ligada à diminuição de transações ou relações jurídicas realizadas, quando tomada a empresa sob sua perspectiva dinâmica a legislação deve é procurar facilitar a realização destas transações.

Não há como haver empresa sem esta gama de transações ou relações jurídicas contratuais. A eficiência, aqui, está em permitir que estas transações se realizem com o menor custo possível. Quanto mais baixos forem os custos de transação maiores e mais eficientes serão as transações contratuais realizadas pelos empresários com o intuito de organizar os fatores de produção.

Sob este perfil, a eficiência do Direito está em minimizar (ou, hipoteticamente, acabar) com os custos de transação – mediante redução ou eliminação das dificuldades e gastos

para contratação – de forma que, no exercício da empresa, haja uma maior quantidade e qualidade de trocas e relações jurídicas destinadas à organização dos fatores de produção.

Sob um enfoque econômico, a disciplina jurídica da empresa deve se preocupar em procurar reduzir ao máximo os custos que os empresários enfrentam para concretizar as relações jurídicas contratuais necessárias ao seu exercício.

Cabe à legislação, ao regulamentar os contratos inerentes à atividade empresarial, não apenas dispor sobre a sua constituição e funcionamento, mas também procurar estabelecer mecanismos eficientes de aquisição, manutenção, proteção e transferência de direitos entre os agentes econômicos como forma de minimizar os custos de transação.

"Diminuir os custos de transação 'lubrifica' a barganha. Um objetivo legal importante é lubrificar as barganhas privadas diminuindo os custos de transação. (...) Lubrificando a barganha a lei habilita as partes privadas a alterar direitos, desta forma substituindo o legislador na difícil tarefa de alocar eficientemente os direitos.

Nós podemos explicitar este princípio como o Teorema Normativo de Coase:

Estruture a legislação de forma a remover os impedimentos aos acordos privados."[56]

Assim, a disciplina jurídica da empresa deve procurar reduzir os custos que o empresário enfrenta para fixar as relações jurídicas necessárias à aglutinação dos fatores

56 *"Lowering transaction costs 'lubricates' bargaining. An important legal objective is to*

de produção estabelecendo, por exemplo, regras claras de contratação, maior agilidade na formalização destes contratos e máxima eficiência no respeito aos direitos e deveres livremente estipulados pelas partes.

Os institutos que historicamente compõem o Direito da Empresa podem perfeitamente ser analisados como formas peculiares de disciplina da propriedade ou dos contratos. O Direito apanha e disciplina a empresa tanto em seu perfil estático (através dos direitos de propriedade) quanto em seu perfil dinâmico (ao regular relações jurídicas contratuais).

As sociedades anônimas são, em síntese, uma instituição legal destinada a estruturar o capital de duas ou mais pessoas (os acionistas) que se agrupam para constituir – diretamente ou através dos administradores – um conjunto de fatores de produção.

O direito da propriedade industrial, a seu turno, é a proteção legalmente estabelecida às criações intelectuais desenvolvidas pelo empresário para otimizar os fatores de produção. É, deste modo, a proteção à propriedade sobre a tecnologia, um dos fatores de produção sobre os quais se ergue a empresa.

---

lubricate private bargains by lowering transaction costs. (...) By lubricating bargaining, the law enables the private parties to exchange legal rights, thus relieving lawmakers of the difficult task of allocating legal rights efficiently.
We can formalize this principle as the Normative Coase Theorem: Structure the law so as to remove the impediments to private agreements." COOTER. Robert; ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 4th ed. Addison Wesley, Longman. 2005. P 97. Tradução livre.

Também a falência é um corolário dos direitos de propriedade, já que procura, face à insolvência do devedor, organizar e maximizar os direitos dos credores sobre seu patrimônio.

São, todos estes, exemplos situações em que o Direito, através da disciplina aos direitos de propriedade em suas diferentes nuances, regula a empresa enquanto conjunto organizado de fatores produtivos (perfil estático da empresa).

Já a empresa vista sob seu aspecto dinâmico (como um conjunto organizado de relações jurídicas contratuais) é absorvida e regulada juridicamente quando são disciplinados, por exemplo, os títulos e demais documentos de crédito, uma vez que o crédito é decorrência natural das relações contratuais que o empresário constitui no exercício de sua atividade.

Também a recuperação judicial da empresa é um instituto decorrente da necessidade de se disciplinar juridicamente os contratos inerentes à empresa em seu sentido dinâmico. É um instituto que tenta salvaguardar da falência a empresa mediante a disciplina de um grande acordo (contrato) pelo qual credores, sócios, administradores, empregados e outros irão tentar mantê-la como apta a continuar firmando as relações contratuais que lhe são essenciais.

Por fim, e de forma mais nítida, quando a legislação disciplina os contratos civis, trabalhistas ou empresariais

está obviamente regulando a empresa vista sob o ponto de vista dinâmico.

A empresa pode e deve ser analisada tanto como organização de fatores produtivos quanto como um conjunto de relações contratuais firmadas pelo empresário, o que torna essencial para uma maior eficiência de sua disciplina legal o modo pelo qual estão estruturados os direitos de propriedade e dos contratos.

Capítulo III - Recuperação de empresas: solução jurídica para a crise econômico-financeira da empresa

I – Legislação falimentar e a administração da crise econômica da empresa

Não é de agora que o Direito Falimentar sofre agudos questionamentos.

É consenso, entre os estudiosos do assunto, que não mais pode prosperar a feição eminentemente liquidatária da falência, que se orienta precipuamente para a satisfação dos credores do empresário às custas da arrecadação e venda de seu patrimônio.

"É ponto pacífico, aceito e consagrado universalmente, que o legislador deve inspirar-se, na elaboração das novas regras do Direito Concursal, em normas de direito público e pôr de lado o caráter privatístico que sempre o dominou, abandonando a idéia de que, insolvente o devedor, cumpre executar e liquidar o seu patrimônio, para satisfazer os direitos e interesses dos credores."[57]

As conclusões sobre a importante função social cumprida pelas empresas privadas acarretaram também a atenção para com suas eventuais crises econômicas e a necessidade de sua preservação, quando ainda viável.

---

57 LOBO. Jorge. *Direito Concursal*. 2ª edição. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2000. Pg. 19.

Neste contexto, torna-se finalidade da legislação falimentar facilitar a recuperação dos empresários ou sociedades empresárias em dificuldades financeiras circunstanciais, resguardando assim os postos de trabalho criados e os demais interesses que gravitam em torno do organismo econômico[58].

O Decreto Lei n. 7.661, de 1945, que por longo período regulou a falência e as concordatas no direito brasileiro, obviamente não se mostrava, dada a sua antiguidade, adequado a estes novos paradigmas.

Por consequência, diferentes propostas de reforma da legislação falimentar brasileira foram elaboradas e apresentadas. Dentre estas destacou-se o Projeto de Lei n. 71 de 2003 (PL n. 4.376, de 1993, na Câmara dos Deputados) que, aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado pelo Presidente da República, converteu-se na Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.

A alteração nas normas falimentares brasileiras veio em boa hora, dada a já lembrada antiguidade e inadequação do Decreto-Lei n. 7.661/45 face à busca pela reabilitação da empresa em dificuldades.

Entre várias significativas modificações, a então nova legislação concursal introduziu os institutos da recuperação judicial e extrajudicial de empresas, elaborados sob a premissa da preservação da unidade econômica em dificuldades momentâneas.

58 ABRÃO. Nelson. *Curso de Direito Falimentar*. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1993. Pg. 25.

Em se tratando da falência, o principal elemento orientador da Lei n. 11.101/05 está na celeridade na condução da falência e no pagamento dos credores (art. 75, parágrafo único).

Assim tenta-se evitar que o procedimento falimentar se torne um amontoado de atos processuais infinitos no tempo e destinados a arrecadar um patrimônio cada vez mais dilacerado em seu valor e que, antes de servir para saldar que seja uma parte dos débitos do falido, mal se presta a custear as próprias despesas com a administração da massa falida.

É indispensável que se liquide rapidamente o patrimônio do falido, de modo a otimizar suas forças no pagamento dos credores e aumentar a confiança no procedimento falimentar e no fornecimento de capital[59].

Quando, por outro lado, se pode e deve recuperar uma empresa, a celeridade, expressamente consagrada pelo citado art. 75, ganha outra aplicação: reduzir o tempo e o custo que os agentes econômicos envolvidos no procedimento recuperatório terão que gastar para ajustarem suas condutas.

A Lei n. 11.101/05 visa retirar os possíveis obstáculos à livre transação entre os interessados, para que, se enxergarem na manutenção da atividade produtiva a

59 Não se trata de uma constatação original. Pelo contrário, constitui-se em reivindicação antiga. Neste sentido veja-se o que diz, por exemplo, Trajano de Miranda Valverde (VALVERDE. Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falência. Vol. III*. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1948. pgs. 277/278).

maximização de seus interesses privados, possam fazê-lo da forma mais eficiente.

Além deste, há diversos pontos merecedores de atenção na reforma da regulação da falência e recuperação de empresas implementada pela Lei n. 11.101/2005:

1 - Incentivo a acordos extrajudiciais pré-falimentares

Os direitos protegidos pelo Direito de Empresa são eminentemente disponíveis, dado o seu caráter patrimonial. Deste modo, há que se abrir às partes diretamente envolvidas com a empresa – credores, trabalhadores e empresário em dificuldades - a possibilidade de fixarem formas alternativas à falência para a satisfação de seus interesses.

A previsão da modalidade extrajudicial de recuperação da empresa no texto da Lei n. 11.101/05 (art. 161 a 167) é, neste sentido, elogiável. É possível, a partir de então, que o empresário em apuros financeiros estabeleça com seus credores, de forma direta e extrajudicial, plano para reabilitação da empresa em crise[60].

A mudança revela-se especialmente significativa quando se observa o art. 2º, III, do agora revogado Dec. Lei n. 7.661/45. Segundo esta norma, reputava-se falido o devedor que convocasse seus credores para extrajudicialmente lhes propor qualquer forma de remissão ou dilação no prazo para pagamento de seus direitos.

60 Passados mais de dez anos de vigência da Lei n. 11.101/05 tem-se, entretanto, que o instituto da recuperação extrajudicial não alcançou a esperada utilização, o que muito decorre, pode-se mesmo afirmar, das limitações legais impostas aos seus efeitos sobre as dívidas do empresário.

Esta nova diretriz resguarda a sobrevivência da unidade produtiva e beneficia tanto o titular da empresa em dificuldades - que poderá manter-se afastado do instituto falimentar - quanto os próprios credores, que encontram assim maior viabilidade e celeridade no recebimento (ainda que parcial) de seus créditos.

2 – Incentivo ao uso de modos de reorganização societária como formas de absorção do organismo econômico em dificuldades: fusão, cisão, incorporação, alienação de controle ou mesmo desapropriação do capital social.

É satisfatória a acolhida, pelo art. 50 da Lei n. 11.101/05, da cisão, fusão, incorporação, transferência de controle e outros meios de reestruturação societária e empresarial como instrumentos jurídicos de recuperação da empresa.

O extenso e detalhado elenco de providências suscetíveis de serem empregadas na tentativa de retomada da empresa em crise não se esgota, porém, na estipulação de formas de reestruturação societária.

Ao contrário, o exemplificativo rol do art. 50 da Lei n. 11.101/05 apresenta outras alternativas igualmente interessantes, como alterações no quadro de sócios ou nos órgãos de administração da sociedade, trespasse e a possibilidade de alienação de ativos, esta última outrora tratada como ato falimentar (art. 2º do Dec. Lei n. 7.661/45).

3 - previsão de organismos extrajudiciais especializados no acompanhamento da recuperação da empresa.

Uma das grandes dificuldades enfrentadas ao se cogitar sobre instrumentos de recuperação judicial de empresários em situação de apuros financeiros está na inviabilidade de se exigir que o juízo falimentar possa acompanhar - ou mesmo substituir, em determinados casos - de maneira eficaz os administradores da sociedade.

Em face desta constatação, é positiva a referência a pessoas ou organismos extrajudiciais de acompanhamento ou intervenção (nas condições de administrador judicial ou gestor judicial, respectivamente) nos negócios dos empresários e sociedades empresárias em recuperação.

Tais profissionais, preferencialmente ligados à Administração, Economia, Contabilidade e Direito (art. 21 da Lei n. 11.101/05) se prestarão a fornecer, sempre sob a supervisão do Poder Judiciário e dos próprios credores, a mão de obra qualificada a acompanhar (ou substituir) os administradores ou titulares da empresa em recuperação.

4 – maior atenção aos interesses e à vontade dos credores do empresário em recuperação judicial

O crédito é, para todos os empresários, elemento de fundamental importância para o bom exercício da empresa. É certamente mais difícil que uma atividade empresarial se torne bem-sucedida dispondo apenas do capital oriundo das contribuições efetuadas pelos sócios e abdicando da possibilidade de contar com recursos patrimoniais alheios, dentre os quais se destacam as instituições financeiras.

Os direitos dos credores são invariavelmente comprometidos pela crise econômico-financeira da

empresa: *"Para os credores em geral, a entrada da empresa em tribunal a suscitar o regime de recuperação representa logo à partida o conhecimento de que os respectivos créditos serão reformulados, leia-se "sacrificados". Mesmo que a empresa seja declarada falida, acontecerá a mesma modificação de valores: os créditos, em circunstâncias normais, serão rateados.*

Perante esta factualidade, mais ou menos prevista, a luta do credor no processo de recuperação da empresa, será a de perder o menos possível e, de certa forma, poder contrariar a reformulação em vista, com esquemas de pagamento mais atraentes e menos radicais possíveis."[61]

Justifica-se, sob estes fundamentos, a submissão do plano de recuperação da empresa à Assembleia Geral de Credores, a quem cumpre a decisão sobre sua aprovação ou não (art. 35, a, da Lei n. 11.101/05).

A recuperação de empresas não será imposta exclusivamente pelo Poder Judiciário, como se dava com a antiga concordata do Dec. Lei n. 7.661/45. Ao contrário, apoiada em nítida feição contratual, a recuperação judicial da empresa não se efetiva sem o consentimento dos credores do empresário que venha a requerê-la.

Se o crédito é necessário ao empresário superavitário em suas atividades, o que dizer então daquele que enfrenta dificuldades temporárias na gestão do empreendimento e busca reerguer-se?

---

61 DUARTE. Henrique Vaz. *Questões sobre Recuperação e Falência*. 2ª edição. Coimbra: Ed. Almedina, 2003. Pg. 59.

Deste modo, é essencial propiciar aos empresários em crise econômica a obtenção de novos financiamentos, algo que se afigurava, sob a égide do Decreto. Lei n. 7.661/45, bastante complexo.

Considere-se a situação do antigo concordatário: a carga negativa que decorria deste *status* jurídico é evidente, comprometendo, de forma quase definitiva, a possibilidade de obtenção de novas linhas de financiamento.

Adequado, sob este prisma, o disposto pelo art. 67 da Lei n. 11.101/2005, que ampara e privilegia os fornecedores de crédito ao empresário em recuperação judicial:

Art. 67 - Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

5 - necessidade de elaboração de plano de recuperação da empresa em dificuldade econômico-financeira.

Para que se justifique a aplicação de formas de restauração da empresa, é indispensável que a mesma se mostre viável, tanto sob o ponto de vista econômico quanto gerencial.

Deste modo, é louvável a fixação de mecanismos rígidos para a apuração da viabilidade tanto das estratégias para superar a crise quanto da própria empresa, ambos requisitos a serem efetivados pela

apresentação de plano fundamentado de recuperação do empreendimento (art. 53 da Lei n. 11.101/2005).

Um eficiente instrumento para análise da viabilidade econômica da empresa exercida é o principal subsídio que terão os credores e o Poder Judiciário na hora de avaliar a solução a ser dada à crise financeira pela qual passe o empresário.

II – O instituto da recuperação judicial de empresas e sua caracterização à luz da legislação brasileira

O instituto da recuperação de empresas, tanto sob a forma judicial quanto extrajudicial, representa a solução legalmente estipulada para tentar manter em funcionamento as empresas em dificuldades econômico-financeiras temporárias e, por meio desta medida, assegurar os empregos existentes e os interesses de terceiros como credores, consumidores e o próprio Fisco. A Lei n. 11.101/05 é expressa neste sentido quando estabelece, em seu artigo 47, que:

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.

Trata-se de uma série de atos praticados sob a supervisão judicial e destinados a reestruturar e manter em funcionamento a empresa em dificuldades econômico-financeiras temporárias.

Não cabe ao Poder Judiciário a tarefa de reestruturar a atividade do empresário individual ou sociedade empresária em crise. Cumpre-lhe somente acompanhar e reger a aplicação, à sociedade empresária em crise econômico-financeira, de uma série de procedimentos legalmente previstos como formas de viabilizar a retomada econômica da unidade produtiva.

O instituto da falência incide para desativar o empresário incapaz de exercer devidamente a atividade empresarial. Para o Direito, todas as atividades empresariais são exercidas com o intuito de lucro, ganho pecuniário que será alcançado por meio da prática organizada da atividade de produção ou distribuição de bens ou da prestação organizada de serviços.

Por outro lado, a organização dos fatores de produção para o exercício de tal gênero de atividades não é, como salientado, garantia de que seu titular efetivamente alcançará o lucro que procura. O risco de insucesso financeiro é inerente à empresa e, nesta hipótese, cabe ao empresário e apenas a ele responder patrimonialmente pelo fracasso.

Neste sentido é oportuno o alerta de Fábio Ulhôa Coelho: "*em última análise, como os principais agentes econômicos acabam repassando aos seus respectivos*

preços as taxas de riscos associados à recuperação judicial ou extrajudicial do devedor, o ônus da reorganização das empresas no Brasil recai na sociedade brasileira como um todo."[62]

Se a pessoa física ou jurídica que se dedique profissionalmente à empresa obtém seguidos prejuízos financeiros em sua atividade, não se justifica sua permanência no mercado, uma vez que pode, dentre outros efeitos, comprometer, com seu inadimplemento, a gestão financeira de seus credores e fornecedores, além de abalar a confiança depositada, pelos provedores de crédito e demais recursos produtivos, nos empresários.

"*Mesmo que seja vista como o lado oculto da economia – que só interessará evidenciar para efeitos estatísticos ou mediáticos - , a empresa falida, no meio econômico actual, não representará elemento disfuncional, caracterizando-se mais por ser parte integrante do conjunto, a qualificar-se já como um 'input' necessário ao sistema vigente, nos termos da máxima de Lavoisier, de que na natureza nada se cria, nada se perde, tudo se transforma*."[63]

A falência é, portanto, um caminho possível para todo aquele que exerce a atividade empresarial e, em consequência, a manutenção de empresas que se

62 COELHO, Fábio Ulhôa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 127.

63 DUARTE, Henrique Vaz. *Questões sobre Recuperação e Falência*. 2ª edição. Coimbra: Ed. Almedina, 2004. p. 20

mostrem, de fato, economicamente inviáveis também é desaconselhada. Este perigo é, por exemplo, apontado por críticos da legislação norte-americana, que a consideram demasiado protetiva com empresas muitas vezes já esgotadas em seu potencial lucrativo:

"Embora as leis de falência, na maior parte, existam para proteger os credores, muitos críticos reclamam que as leis atuais não estão fazendo o que tinham intenção de fazer. Antes de 1978, a maioria das falências terminava rapidamente na liquidação. Então o Congresso reformulou as leis, dando às empresas mais oportunidade para ficarem vivas, sob as premissas de que isto era melhor para os administradores, empregados, credores e acionistas. Antes da reforma, 90% dos pedidos do Capítulo 11 [referente à reorganização da empresa em crise] *eram liquidados, mas agora essa porcentagem é menos que 80%, e o tempo médio entre o pedido e a liquidação quase tem dobrado. Na verdade, as grandes empresas de capital aberto com habilidade para contratar ajuda legal de alto preço podem evitar, ao menos atrasar, a liquidação, com frequência às custas dos credores e acionistas."*[64]

O exercício da empresa implica em dificuldades e obstáculos de diferentes ordens. A luta constante pela conquista de novos mercados e pela manutenção da clientela contra os assédios da concorrência, o gerenciamento da mão de obra dos empregados e prestadores de

64 BRIGHAM, Eugene F. GAPENSKI, Louis C. EHRHARDT, Michael C. *Administração Financeira – Teoria e Prática*. São Paulo: Ed. Atlas, 2001. Pg. 930.

serviços em geral, as corriqueiras divergências entre os sócios da sociedade empresária, as exigências burocráticas, a carga tributária e o inadimplemento dos devedores são apenas algumas das questões enfrentadas quotidianamente por empresários, sócios e administradores.

Juntamente com estes problemas a sociedade empresária e o empresário convivem também com um que aparece, via de regra, dentre os mais áridos: o pagamento das obrigações pecuniárias assumidas. A empresa, tomada em seu aspecto dinâmico, é um conjunto de negócios jurídicos praticados em massa e que colocam o empresário, por consequência, ora como credor, ora como devedor em inúmeras situações.

O antigo Decreto. Lei n. 7.661/45 preocupava-se eminentemente com as dificuldades que o empresário viesse a ter para honrar suas obrigações pecuniárias. Ao disciplinar juridicamente a crise econômica da empresa, aquela legislação não cuidou de outras adversidades inerentes ao exercício deste gênero de atividades. Assim, só se encontrava insolvente, para fins falimentares, o empresário que não pagasse devidamente seus credores.

O empresário que estivesse, por exemplo, diante de percalços para expandir a sua atividade, administrar o conflito entre seus sócios ou atender às novas exigências do consumidor não se inseria na hipótese aqui tratada.

Pode-se afirmar, entretanto, que esta outra ordem de embaraços enfrentada pelo empresário vai acabar resultando em queda no seu faturamento e, via de consequência,

problemas no pagamento de suas dívidas.

O não cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas foi, por assim dizer, o sintoma que o legislador tomou como referência para diagnosticar que um determinado empresário se encontrava em dificuldades econômicas.

A deficiência de que é acometido o empresário que cessa seus pagamentos pode ser de diferentes origens, ligadas, repete-se, à divergência entre seus sócios, incapacidade gerencial, mão de obra desqualificada, falta de competitividade dos produtos ou serviços oferecidos, retração do mercado consumidor pelo aparecimento de novos produtos, excessiva carga tributária, grande número de exigências burocráticas, pacotes econômicos ou mesmo o intuito fraudulento.

Um empresário pode deixar de pagar os seus débitos tanto porque deliberadamente pretende fraudar seus credores como pela circunstância de passar por adversidades gerenciais ligadas, por exemplo, à sucessão no comando da sociedade. Em ambos os casos o sintoma é o mesmo (cessação de pagamento) mas a causa deste indício é diferente.

O instituto da recuperação de empresas deve incidir apenas sobre aqueles empresários cuja causa da cessação de pagamentos seja, por assim dizer, sanável.

No regime da Lei n. 11.101/05 é necessário perquirir, em cada caso, sobre a causa da cessação de pagamentos pelo empresário-devedor. Se tal fator se afigura perene, encaminha-se para o fechamento da unidade produtiva e liquidação de seus bens, retirando

do mercado a empresa contaminada e preservando, na medida do possível, os legítimos interesses dos credores.

Se, por outro lado, a circunstância geradora da cessação de pagamento puder ser interrompida, restaurando-se o superávit econômico do empresário, deve incidir o instituto em análise.

O papel do Poder Judiciário e dos credores, na recuperação de empresas, vai além de constatar o indício da crise empresarial (falta de pagamento das obrigações pecuniárias). É indispensável apurar qual a causa deste sinal e, a partir daí, decretar o encerramento da empresa ou sua tentativa de recuperação.

III – Insolvência e recuperação de empresas sob uma perspectiva econômica

A empresa é, sob a perspectiva dinâmica, um conjunto de relações jurídicas contratuais que se estabelecem com o propósito de agrupar os fatores produtivos e orientá-los à produção ou distribuição de bens ou para a prestação de serviços com o intuito de gerar lucro para seu titular (o empresário).

A partir da premissa de que os atores econômicos racionalmente buscam as opções de conduta que maximizem seus interesses, é possível concluir que o empresário somente se dedicará à empresa se os custos que ela acarreta - sejam de produção, oportunidade ou de

transação - forem menores que seus ganhos, compreendidos aqui exclusivamente pelo sentido monetário da palavra. Sob a perspectiva do empresário a empresa somente justifica sua existência se estiver apta a gerar o lucro por ele legitimamente buscado e esperado.

Em seu importantíssimo trabalho intitulado "The nature of the firm" ("A natureza da Empresa", em tradução livre), Ronald Coase salienta que a existência da empresa só se fundamenta se as transações (relações jurídicas contratuais) que a constituem e a fazem funcionar se realizam a um preço menor do que se forem efetuadas de maneira descentralizada.

O empresário só se sente economicamente incentivado ao exercício da empresa se esta representar a forma mais eficiente de praticar a atividade de finalidade lucrativa por ele pretendida:

"Em meu artigo 'The nature of the firm' eu argui que apesar de que a produção possa ser levada adiante de maneira completamente descentralizada por intermédio de contratos entre indivíduos, o fato de haver um custo para concluir estas transações significa que empresas surgirão para organizar o que de outra forma seriam transações de mercado sempre que seus custos forem menores que levar adiante tais transações através do mercado."[65]

Tome-se um exemplo simples: um fabricante de móveis pode se dedicar a esta atividade por intermédio da organização dos fatores de produção em seu nome e por

65 *"In my article on 'The nature of the firm' I argued that, although production could be*

sua conta e risco. Vai exercer sua atividade de finalidade lucrativa por meio da empresa. Agrupa o capital e o trabalho próprios e alheios na organização de seu estabelecimento e assume, nesta hipótese, a condição de empresário.

Entretanto, se este profissional perceber que terá, ao final do mês, maiores ganhos se optar por oferecer seus serviços ao mercado em casa e de forma isolada e economicamente descentralizada ele não terá mais incentivo para se dedicar à atividade empresarial.

Assim o empresário, titular da empresa, somente encontra incentivo para exercê-la se ela ainda estiver em condições de proporcionar, entre as diferentes formas pelas quais pode praticar sua atividade profissional, a melhor relação entre os ganhos e os custos de produção, oportunidade e de transação.

A existência da empresa é explicada a partir da compreensão do mecanismo de preços: a organização empresarial dos fatores de produção é mais barata e mais lucrativa para o empresário (titular da empresa) do que qualquer outra forma de produção ou distribuição de bens ou serviços disponível. *"O limite para o tamanho de uma empresa é atingido aonde os seus custos de organizar uma*

---

carried out in a completely decentralize way by means of contracts between individuals, the fact that it costs something to enter into these transactions means that firms will emerge to organize what would otherwise be market transactions whenever their costs were less than the costs of carrying out the transactions through the market." COASE, Ronald. *The Firm, The Market and the Law*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1990. Pg. 7. Tradução livre.

transação se tornam iguais aos custos de levar esta transação adiante através do mercado".[66]

O instituto da recuperação judicial ou extrajudicial da unidade empresarial pressupõe que o empresário ainda considere que o exercício da empresa esteja apto a conferir-lhe maiores ganhos do que qualquer outro modo ou tipo de atividade com finalidade lucrativa que possa vir a exercer.

É inócuo pensar que a legislação, embora eivada da concepção publicista em torno da função social da empresa, conseguirá assegurar a manutenção da unidade produtiva se o seu titular não perceber nela a melhor opção de otimização de seus ganhos.

O instituto da recuperação da empresa está essencialmente atrelado aos incentivos econômicos que o empresário racionalmente encontra para pretender manter-se nesta condição. Não há como tornar efetiva a recuperação da empresa sem levar em conta o interesse privado do empresário.

Por outro lado, de nada adianta o titular da empresa considerá-la o mais eficiente instrumento de maximização de seus ganhos se, diante de sua eventual crise econômico-financeira, o mesmo raciocínio não for feito pelos demais grupos de interesses envolvidos com a organização econômica.

Em uma situação de crise econômico-financeira, o empresário não mais conseguirá manter em funcionamento

66 *"The limit to the size of the firm is set where it costs of organizing a transaction become equal to the cost of carrying it out through the market."* COASE, Ronald. *The Firm, The Market and The Law...* ob. cit. p. 7

a atividade empresarial se não contar com o esforço conjunto dos demais envolvidos. Estes grupos de interesses organizados, por sua vez, somente se sentirão compelidos à recuperação da empresa se também vislumbrarem na manutenção dela a escolha mais eficiente para si próprios.

Assim como se constata que, para o empresário, o incentivo ao exercício da empresa encontra-se no fato de que as transações realizadas por seu intermédio são menos custosas e mais lucrativas que se feitas de outro modo, é preciso determinar o que justifica a existência da empresa para todos os demais grupos de interesses a ela ligados.

Neste ponto cumpre então apontar quem são estes grupos de interesses organizados em torno e a partir da empresa e quais são os incentivos econômicos que motivam seu relacionamento com o empresário e que podem levá-los a orientar sua conduta no sentido da manutenção do organismo empresarial em crise econômico-financeira.

A empresa é, sob uma perspectiva estática, a organização dos fatores de produção e, sob o ponto de vista dinâmico, as relações jurídicas que se estabelecem para agrupar e orientar tais fatores. Por consequência, os sujeitos de Direito que viabilizam a empresa com os diferentes insumos ou fatores produtivos indispensáveis à sua existência e funcionamento constituem núcleos com interesses comuns, organizados a partir e em torno da empresa.

Os empregados e demais prestadores de mão-de-obra (fornecedores do fator trabalho) representam um

núcleo de indivíduos organizados e com interesses comuns em torno da empresa pois o incentivo que encontram para a ela se vincularem está no salário que recebem pela força de trabalho que fornecem. A empresa fundamenta sua existência, para eles, enquanto continuar sendo a fonte da qual extraem o seu salário.

Constatação similar se obtém quando são analisados os provedores do fator capital (como as instituições financeiras), que têm no recebimento dos juros e demais tipos de encargos cobrados pelos valores emprestados o incentivo não apenas para se relacionarem jurídica e economicamente com o empresário, mas também para pretender a manutenção da empresa.

Para os provedores de capital – cujos ganhos estão na remuneração pelo dinheiro cedido - a empresa justifica sua presença enquanto puder lhes recompensar, por meio de juros e demais encargos, pelo uso do capital tomado.

O mesmo ocorre com os fornecedores de tecnologia e matérias-primas, que só o fazem em função dos preços que cobram do empresário para abastecer-lhe com os insumos que produzem ou distribuem.

A empresa é, sob sua perspectiva destes fornecedores, um consumidor das matérias-primas e tecnologia que oferecem. É este o incentivo econômico que os conduz a transacionar juridicamente com o empresário ou sociedade empresária.

A preservação da empresa, organização dos fatores produtivos para a produção ou distribuição de bens ou de

serviços, está necessariamente vinculada, quando diante de uma crise econômico-financeira, aos incentivos que os fornecedores de cada um destes diversos fatores produtivos encontram na hora de fazerem suas escolhas.

A empresa só existe se puder contar com o capital, trabalho, matérias-primas e tecnologia. E só haverá o suprimento destes insumos se os seus provedores se encontrarem economicamente incentivados a fazê-lo.

O limite da recuperação judicial ou extrajudicial de uma empresa está no ponto em que para cada um dos grupos de interesses a ela vinculados (incluído aí os próprios titulares) a busca por sua manutenção seja economicamente mais onerosa que o seu fechamento e liquidação pelo processo falimentar.

Não se pode ou deve esperar que os citados grupos de interesses envolvidos no processo recuperatório abdiquem dos proveitos privados advindos da liquidação da empresa em crise se estes forem mais eficientes aos seus objetivos, para simplesmente atender a um interesse público na manutenção do empreendimento empresarial.

A restauração da empresa que passa por uma crise econômico-financeira somente será eficiente – e, portanto, viável - se todos estes grupos de interesses organizados vislumbrarem na manutenção da unidade produtiva o modo mais eficiente de maximizarem seus interesses.

O credor somente orientará sua conduta no sentido da recuperação da unidade empresarial se perceber que esta é, se comparada ao fechamento do empreendimento

e recebimento de seus direitos em um concurso com os demais credores do falido, a escolha mais eficiente.

"Credores são menos interessados em salvar empresas se houver ativos para satisfazer suas reivindicações. Se existirem ativos, credores vão se empenhar em apoderar-se deles; e provavelmente irão apresentar uma liquidação em pedaços. Quando uma empresa está experimentando apenas um distúrbio financeiro, entretanto, o pagamento total dos créditos resultantes do estado de insolvência serão maximizados se a empresa continuar. Salvar uma empresa, todavia, vai muitas vezes requerer aos credores que coordenem seus esforços de cobrança, e os custos de coordenação são às vezes altos. "[67]

A recuperação de uma empresa, nota-se, demanda o esforço conjunto de todos que a ela estejam vinculados. Além disso acarreta os custos inerentes à transação. É preciso, desta forma, coordenar tais necessidades e custos com a maximização de ganhos obviamente considerada pelos envolvidos no procedimento recuperatório.

---

67 *"Creditors are less interesed in saving firms than in whether assets exist to satisfy their claims. If assets exist, creditors will attempt to seize them; and this likely will yield a piecemeal liquidation. When a firm is experiencing only financial distress, however, the creditors total insolvency state payoff would be maximized were the firm continues. Saving a firm, though, will often require creditors to coordinate their collection efforts, and coordination costs sometimes are high".* SCHWARTZ, Alan. *A Normative Theory of Business Bankruptcy*. Yale Law School. Center for Law, Economics and Public Policy. Research Paper n. 305. Pg. 3. Tradução livre.

IV – O comportamento estratégico dos grupos de interesses em uma recuperação de empresas

São vários os trabalhos de estudiosos, especialmente norte-americanos, que se dedicam à análise da crise econômico-financeira de uma empresa valendo-se principalmente de considerações embasadas na eficiência econômica das diversas soluções e alternativas legalmente elencadas[68].

Para isso, é metodologicamente adequado adotar um modelo que permita simplificar a realidade analisada e, ao mesmo tempo, propor hipóteses que possam explicar sua estrutura e efeitos.

A empresa se constitui a partir da mútua transação contratual entre o empresário e os fornecedores dos diferentes fatores de produção necessários à sua existência. Os provedores de cada um dos fatores produtivos, por sua vez, podem ser teoricamente agrupados em núcleos a partir da série de interesses comuns que têm na existência e manutenção da empresa.

Esta interação entre estes diferentes núcleos de interesses promovida pelo empresário para a produção ou distribuição de bens ou de serviços se torna ainda mais evidente quando a empresa passa por uma crise

68 BAIRD, Douglas G. *The Elements of Bankruptcy*. 3th ed. Chicago: Foundation Press, 2003. BEBCHUK. L. A. GUZMAN. A T. An Economic Analysis of Transnational Bankruptcies. *Journal of Law and Economics*. Vol. XLII. Chicago. October, 1999. SCHWARTZ, Alan. *A Normative Theory of Business Bankruptcy...* ob. cit.

econômico-financeira e, ainda que temporariamente, vê-se incapacitada de remunerar integralmente todos os seus fornecedores de insumos. Impossibilitado de pagar a todos os provedores dos fatores de produção, o empresário deve, se pretende manter a empresa, reestruturar as relações jurídicas que constituiu.

Por outro lado, em situações de crise econômica da empresa os diferentes núcleos de interesses agregados em torno dela sabem que a remuneração que legitimamente esperam e que os incentiva a interagir com a organização empresarial depende não somente da sua relação com o empresário mas também das transações e decisões levadas adiante entre este empresário e os demais núcleos de interesses organizados.

A empresa é um feixe de relações contratuais em que cada contratante encontra na prestação do outro o incentivo para manter o vínculo jurídico. Quando está economicamente abalada a empresa exige dos grupos de interesses comuns agregados pelo empresário maior atenção e racionalidade na otimização de seus próprios ganhos, afetados que estão pela temporária crise do devedor.

Ciente da quantidade de situações nas quais o atendimento dos legítimos interesses particulares de determinados agentes econômicos está atrelado não somente às suas próprias ações, mas, igualmente, aos atos de outrem, a Economia dedica boa parte de seus estudos ao tema.

Trata do assunto sob termos como "análises de conflito", "teoria das decisões interativas" ou "análise de comportamentos estratégicos". Porém a expressão "Teoria dos Jogos" é indubitavelmente a mais utilizada para denominar estes estudos.

O campo de aplicação da Teoria dos Jogos é atualmente vastíssimo[69] mas sua utilização pelo Direito ainda é incipiente e em muito se torna particularmente difícil ao jurista, dada a invariável utilização de conhecimentos matemáticos avançados. Isto, entretanto, não impede valiosas contribuições desta aplicação. *"O Direito frequentemente confronta situações nas quais há alguns tomadores de decisão e na qual a ação otimizadora a ser tomada por uma pessoa depende do que outro ator escolhe. Estas situações são como jogos em que as pessoas devem decidir sob uma estratégia. Uma estratégia é um plano de ação que responde às reações dos outros. A Teoria dos Jogos lida com qualquer situação na qual estratégia é importante. A Teoria dos Jogos vai, consequentemente, realçar nosso entendimento de algumas importantes normas e instituições."*[70]

---

69 Sobre o tema veja-se, por exemplo, o seguinte trabalho: SHUBIK, Martin. *Game Theory: some observations*. Yale School of Management. Working Paper Series B n. 132. July 2000.

70 *"The law frequently confronts situations in which there are few decision-makers and in which the optimal action for one person to take depends on what another actor chooses. These situations are like games in that people must decide upon a strategy. A strategy is a plan for acting that responds to the reaction of others. Game theory deals with any situation in which strategy is important. Game theory will, consequently, enhance our understanding of some legal rules and institutions."* COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Law & Economics...* ob. cit. Pg. 38. Tradução livre.

Para que se possa compreender, à luz da Teoria dos Jogos, como se portam e também como devem atuar os agentes econômicos vinculados a uma empresa em crise econômico-financeira, é necessário estabelecer os elementos do modelo econômico: qual é o "jogo", quem são os "jogadores", qual é o "ganho" esperado por eles, quais são as opções de "estratégias" disponíveis para cada um e, por fim, quais os efeitos que as diferentes estratégias de ação podem promover para o alcance de seus próprios ganhos e dos demais envolvidos.

Em se tratando do objeto deste estudo, tem-se que a crise econômico-financeira da empresa é uma situação social envolvendo dois ou mais agentes (jogo) e que obrigatoriamente coloca todos os grupos de interesses a ela vinculados (jogadores) diante da necessidade de decidir entre apoiar ou não o plano de recuperação (estratégias).

Aderir ao plano de recuperação é uma estratégia que será adotada pelos abarcados pela empresa em função dos proveitos que cada um deles vislumbrar nesta estratégia. Os esperados ganhos de cada um destes envolvidos são, por sua vez, exatamente os incentivos que os levaram a transacionar com a empresa, ou seja: os provedores dos diferentes fatores de produção apoiarão o plano de recuperação da empresa se esta for a estratégia que lhes proporcione a mais eficiente remuneração pelos insumos que oferecem.

Deste modo, a viabilização da recuperação da empresa está atrelada a que os fornecedores de cada um

dos fatores produtivos e também o empresário tenham na estratégia de apoiar o plano de recuperação a mais eficiente escolha como meio de atingir os seus próprios objetivos, sejam eles o lucro, o retorno do capital emprestado, a manutenção dos posto de trabalho ou o pagamento das matérias-primas fornecidas.[71]

Cada jogador, por sua vez, somente pode tomar a decisão estratégica mais eficiente a partir da quantidade de informações que obtenha sobre o jogo em que está envolvido, as possíveis escolhas suas e dos demais participantes e os ganhos potenciais de cada estratégia.

É por isso que a recuperação de uma empresa se apoia também sobre a transparência e maior veracidade possível das informações sobre a situação patrimonial e financeira do devedor. É somente conhecendo a realidade econômica do empresário que os credores e demais envolvidos na recuperação terão subsídios para decidir racionalmente.

Importante lembrar, entretanto, que a recuperação de uma empresa não é um jogo de soma zero, ou seja, não é uma conjuntura em que as perdas de um participante são necessariamente os ganhos do outro[72]. Ao contrário, o plano de recuperação precisa demonstrar que todos os jogadores podem maximizar seus ganhos se colaborarem uns com os

---

71 *"We not only act rationally and do the best we can given our preferences, but we also believe that others act rationally as well and do the best they can given their preferences."* BAIRD, Douglas G. GERTNER, Robert H. PICKER, Randal C. *Game Theory and Law*. Chicago: Harvard University Press, 2003. Pg. 12. Tradução livre.

72 "*Se um participante recebe mais, o outro recebe menos. Jogos como esses são chamados jogos de soma zero."* STIGLITZ, Joseph E. WALSH. Carl E. *Introdução à Economia...* ob. cit. Pg. 326

outros. Trata-se de uma modalidade de *cooperative game* ("jogo cooperativo").

"O conceito de cooperação é importante na teoria dos jogos, mas é um tanto quanto sutil. O termo cooperar significa 'agir em conjunto, com um propósito comum.' Nós devemos supor que para uma coalizão de dois ou mais indivíduos agir em conjunto com um propósito comum os indivíduos terão que deixar de lado suas funções de utilidade separadas e criar algo completamente novo – uma função de utilidade coletiva para determinar seu comportamento coletivo."[73]

É necessário convencer os provedores de capital de que, embora e a princípio a melhor solução para o recebimento de seus créditos possa ser o fechamento do empreendimento, a aposta na sua recuperação vai levar-lhes à apuração de um valor maior no futuro, caso todos os demais grupos de interesses envolvidos com a empresa (jogadores) também colaborem.

Da mesma forma com os fornecedores de matérias-primas ou tecnologia. Eles devem estar cientes de que abrir mão de algum valor ou direito que tenham contra o empresário em crise pode ser a escolha mais eficiente se houver a perspectiva de que com a recuperação da empresa

73 "*The concept of cooperation is important in game theory but is somewhat subtle. The term cooperate means 'act together, with a common purpose.' We might suppose that, for a coalition of two or more individuals to act together with a common purpose, the individuals would have to set aside their separate utility functions and create something completely new - a collective utility function for determining their collective behavior.*" MYERSON, Roger B. *Game Theory: Analysis of Conflict*. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1997. Pg. 370. Tradução livre.

possam manter o parceiro empresarial e transações contratuais futuras.

Os sócios da sociedade empresária, por sua vez, precisam se assegurar de que lhes é economicamente mais eficiente abdicar por um tempo do lucro que os incentiva em prol da remuneração aos outros fatores de produção, da sobrevivência da empresa e principalmente do potencial lucrativo que ela ainda apresenta.

Já aos provedores do fator trabalho o plano de recuperação deve evidenciar que a escolha que melhor atende ao seu objetivo de manter os empregos e os salários pode ser declinar de alguns direitos e verbas trabalhistas, mesmo que isto ocorra para atender outros fatores de produção.

Por outro lado, analisar a recuperação da empresa como um tipo de jogo cooperativo apresenta uma relevante particularidade já aqui evidenciada. Isto porque trata-se de um jogo no qual se envolvem mais de dois participantes que, por sua vez, tendem a se organizar em grupos em função dos interesses comuns. Os estudiosos denominam tais jogos cooperativos de *coalitional games* ("jogos de coalizão"):

"Um jogo de coalizão é um modelo de interação entre tomadores de decisão que se foca no comportamento de grupos de jogadores. (...) Nós chamamos cada grupo de jogadores de coalizão e a coalizão de todos os jogadores de grande coalizão."[74]

---

74 *"A coalitional game is a model of interacting decision-makers that focuses on the behavior of group of players.(...) We call each group of players a coalition, and the coalition of all the players the grand coalition* OSBORNE, Martin J. *An Introduction to*

No procedimento recuperatório, cada um dos fornecedores de um determinado insumo tem interesses que são comuns aos demais provedores daquele fator produtivo. Desta forma a estratégia para a maximização dos ganhos de cada agente econômico do grupo é a mesma dos demais integrantes.

Assim cada conjunto composto pelos fornecedores de cada um dos fatores de produção é uma "coalizão" a interferir sobre a decisão de se apoiar ou não a recuperação da empresa.

A legislação brasileira reforça ainda mais este caráter de "alianças" ou "coalizões" entre cada conjunto de provedores da empresa ao atrelar a aprovação do plano à sua aceitação pela maioria e não por todos os componentes das diferentes classes de credores.

Assim o plano prevalece se é eficiente aos anseios dos grupos de credores e mesmo que contrarie os interesses de alguns deles. O que importa são as estratégias e interesses da "coalizão" e não de cada um dos seus membros.

Da soma das decisões de cada uma das "coalizões" resulta a "grande coalizão" que, espera-se, revele a opção por aprovar o plano de recuperação da empresa. *"Qual ação nós devemos esperar que a grande coalizão escolha? Nós procuramos uma ação compatível com as pressões impostas pelas oportunidades de cada coalizão, em vez de simplesmente por aquelas dos jogadores individuais (...). Nós*

Game Theory. New York – Oxford: Oxford University Press, 2004. Pg. 239. Tradução livre.

definimos que uma ação da grande coalizão seja 'estável' se nenhuma coalizão possa romper e escolher uma conduta que todos os seus membros preferem. "[75]

Negligenciar qualquer um dos grupos de interesses citados ou submetê-los ao império de algum dos outros implica na não colaboração do núcleo prejudicado com o plano e o comprometimento dos esforços para a restauração da empresa.

Por outro lado se os diferentes núcleos de agentes econômicos reunidos em torno da empresa em crise (jogadores) não tiverem razões racionais para acreditar que o esforço conjunto e a concessão a curto prazo pode propiciar-lhes no futuro uma solução melhor para seus ganhos particulares eles vão e devem decidir pelo fechamento da unidade produtiva, esta sim provando-se ineficiente na produção o distribuição de bens e serviços.

75 *"Which action may we expect the grand coalition to choose? We seek an action compatible with the pressures imposed by the opportunities of each coalition, rather than simply those of individual players (...). We define an action of the grand coalition to be 'stable' if no coalition can break away and choose an action that all its members prefer."* OSBORNE, Martin J. *An Introduction to Game Theory...* ob. cit. Pg. 243. Tradução livre.

O filme "Uma mente brilhante" é a cinebiografia do economista americano John Forbes Nash, cuja contribuição para a aplicação da Teoria dos Jogos às relações econômicas é reconhecida como fundamental. O filme narra, de forma bastante didática, algumas hipóteses de aplicação da teoria, inclusive em seus modelos cooperativos. (*A Beautiful Mind*. Direção: Ron Howard. Produção: Dreamworks. EUA. 2002.

Se há uma consideração basilar em matéria de jogos é a de que os jogadores irão procurar, dentre as possíveis condutas, a que melhor atenda a seus objetivos. Trata-se da denominada estratégia estritamente dominante. *"Um jogador vai escolher a estratégia estritamente dominante sempre que possível e não escolherá qualquer estratégia que seja estritamente dominada por outra. Este é o mais obrigatório preceito de toda a teoria dos jogos".*[76]

76 *"A player will choose a strictly dominant strategy whenever possible and will not choose any strategy that is strictly dominate by another. This is the most compelling precept in all game theory."* BAIRD, Douglas G. GERTNER, Robert H. PICKER, Randal C. *Game Theory and Law*... ob. cit. p. 12. Tradução livre.

Mesmo em se tratando de um jogo cooperativo, somente é possível efetivar-se a recuperação de uma empresa, apesar de toda a preocupação com sua função social, quando esta for a melhor escolha de maximização dos ganhos de todos aqueles diretamente envolvidos no procedimento.

É o que salienta Roger B. Myerson, citando as conclusões de John Nash sobre o tema: *"Ele* (Nash) *arguiu que ações cooperativas são o resultado de algum processo de barganha entre jogadores 'cooperativos', e nesse processo de barganha deve-se esperar que cada jogador se comporte de acordo com alguma estratégia de barganha que satisfaça o mesmo critério de maximização das utilidades pessoais que em qualquer outra situação de jogo."*[77]

Porém, a legislação falimentar, inegável variável econômica potencialmente modificadora do modelo elaborado, tem o poder de incentivar, com suas normas, que os diferentes grupos de interesses em torno do organismo empresarial tomem as condutas que, a um só tempo, maximizarão os ganhos de todos e de cada um deles. A legislação deve, enfim, criar incentivos aos jogadores para que eles tenham na colaboração mútua e no apoio ao plano a estratégia estritamente dominante.

---

77 "*He* (Nash) *argued that cooperative actions are the result of some process of bargaining among the 'cooperating' players, and in this barganining process each player should be expected to behave according to some bargaining strategy that satisfies the same personal utility-maximization criterion as in any other game situation.*" MYERSON, Roger B. *Game Theory: Analysis of Conflict*... ob. cit. Pg. 370. Tradução livre.

V – Limites à eficiência da recuperação judicial de empresas

A descrença que pairava sobre o Dec. Lei n. 7.661/45 e, mais especificamente, sobre as modalidades de concordata ali disciplinadas chegou a tal ponto que Rubens Requião afirmou: *"o fato é que a reação coletiva em face da concordata a identifica, vulgarmente, como um instrumento de burla e de desonestidade, a serviço de empresários inescrupulosos e sagazes."*[78]

Assim, a edição da Lei n. 11.101/05 se efetuou sob um clima de expectativa entre os empresários e seus credores, curiosidade por parte de advogados, juízes e promotores ligados à área e, porque não dizer, entusiasmo por parte do governo e congressistas, que confiam e afirmam a possibilidade do novo texto legal restabelecer a credibilidade há muito perdida pelos institutos da falência e concordatas.

Uma observação um pouco mais cuidadosa que seja faz concluir, porém, que não se deve esperar que a legislação seja, por si só, capaz de modificar significativamente a administração judicial da crise econômico-financeira de empresários. Há fortes razões para esta afirmação.

78 REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar. Vol. II.* 13ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 1992. Pg. 5.

A primeira delas diz respeito à experiência estrangeira com institutos similares à nossa recuperação de empresas que, disciplinada na forma judicial ou extrajudicial, é a "pedra fundamental" da Lei n. 11.101/05.

Mesmo a legislação norte-americana, fonte inspiradora dos regimes falimentares de países economicamente fortes como Reino Unido, França, Alemanha e Japão, não escapa a agudas críticas dos estudiosos.[79]

Também na Itália[80] (cuja legislação é tida como outra importante referência no tema), Espanha[81] e Portugal[82] é generalizada a frustração dos juristas em torno do assunto, o que demonstra a impossibilidade de se modificar tal realidade social por mera alteração nas normas que a disciplinam e sem a adoção conjunta de medidas de caráter mais profundo e estrutural.

Como destacado, o instituto da recuperação de empresas visa propiciar a superação de crise econômico-financeira que temporária e circunstancialmente atinja determinado empresário.

---

79 HART. Oliver. Different approaches to bankruptcy. *Harvard Institute of Economic Research*. September 2000. Pgs. 7/8. Disponível em: >htttp://www.ssrn.com.br. Acesso em: 21 jul. 2017. Tradução livre.

80 SATTA, Salvatore. *Diritto Fallimentare*. Padova: Cedam, 1990. pg. 191 e segs. FERRARA. Francesco. Il Fallimento. 3a. ed. Milano: Giuffrè, 1959, n. XXI.

81CURBELO, Jorge López. *Concepto y naturaleza del convenio em la suspension de pagos*. Barcelona: Ed. Bosch, 2000. Pg. 73.

82 DUARTE, Henrique Vaz. *Questões sobre Recuperação e Falência*... ob. Cit. Pg. 14/15.

Assim, situações que levam a maior comprometimento da empresa não poderão ser satisfatoriamente enfrentadas apenas pelo instituto em análise. Nestas hipóteses, apenas outras medidas, muito mais agudas, serão realmente efetivas.

É o que salienta Oliver Hart: "*É importante reconhecer que a reforma da falência não deve ser vista isoladamente; é preciso combinar isto com alterações legais e outras reformas, ex.: o treinamento de juízes, o desenvolvimento da governança corporativa e o fortalecimento dos direitos dos investidores, e possivelmente até mesmo mudanças no sistema financeiro internacional.*"[83]

O poder da legislação recuperatória da empresa deve ser ainda mais relativizado se voltada a atenção para o Brasil. A seguir são apresentados três perfis de empresários cujas empresas apresentam-se de tal forma comprometidas que, pode-se afirmar, não serão alcançadas pelo regime jurídico recuperatório.

Cuide-se, inicialmente, daqueles casos em que a crise econômico-financeira da empresa é resultado da conduta deliberadamente fraudulenta de seus titulares, sócios, controladores ou administradores.

O meio empresarial, assim como qualquer outro ramo de atividades, é composto por bons e maus profissionais.

---

83 "*It is important to recognize that bankruptcy reform should not be seen in isolation; it may be necessary to combine it with legal and others reforms, e.g., the training of judges, improvements in corporate governance and the strengthening of investors rights, and possibly even changes in the international financial system.*" HART, Oliver. *Different approaches to bankruptcy*... ob. Cit. Pg. 1/2Tradução livre.

Portanto nele convivem indivíduos que procuram exercer suas atividades dentro dos padrões da ética e da legalidade e aqueles que se dedicam à empresa de forma abusiva, causando dolosamente prejuízos financeiros a terceiros com quem venham a negociar e, via de consequência, à credibilidade da generalidade dos empresários.

A respeito das insolvências provocadas por condutas fraudulentas vale questionar: Justifica-se recuperar um empreendimento vitimado pela má-fe de seus titulares? A resposta negativa parece, sem dúvidas, a mais adequada, tanto sob a perspectiva da eficiência econômica quanto da justiça.

Cabe ao legislador estipular e principalmente cumpre ao Judiciário sancionar rigorosamente as condutas fraudulentas através de institutos como a desconsideração da personalidade jurídica, a responsabilização civil de administradores e controladores de sociedades, a responsabilização pessoal de sócios face à irregularidade das sociedades e assim por diante. Um rigoroso sistema punitivo da fraude e da má fé no meio empresarial é quem mais pode contribuir para afastar pessoas desonestas.

Por outro lado, é forçoso reconhecer que em uma economia cada vez mais competitiva e avançada tecnologicamente o desempenho do empresário (principalmente de pequeno porte) depende - e muito - da qualificação técnica e competência pessoal de seus sócios e gestores.[84]

84 *"Quem dirige deve sempre administrar, conduzir e melhorar o que já existe e se*

Constata-se que, no Brasil, a grande maioria dos integrantes de micro e pequenos empreendimentos não dispõem nem da devida preparação profissional nem de anterior experiência[85].

É inócuo o instituto da recuperação judicial ou extrajudicial de empresas constituídas e/ou geridas por pessoas sem a devida capacitação pessoal e profissional. A inviabilidade econômica daquelas empresas decorre não de uma crise circunstancial e sanável, mas sim de fatores estruturais e endêmicos, ligados que são à falta de qualificação profissional e/ou gerencial do empresário. São circunstâncias que certamente não têm como característica a temporariedade que justifica e fundamenta a recuperação prevista na nova lei.

É preciso compreender que às pessoas sem formação técnica ou profissional para serem empresários devem ser dadas outras – e mais adequadas - oportunidades de trabalho. Sujeitar pessoas como este perfil às diuturnas dificuldades do exercício da empresa por conta própria sem proporcionar-lhes a devida preparação é fingir que se

---

conhece. (...) Ele precisa ser também empreendedor. Deve transferir recursos das áreas que apresentem resultados baixos ou decrescentes para áreas que apresentem resultados elevados ou crescentes. Deve descartar-se do passado e tornar obsoleto aquilo que já exista e se conheça. Deve criar o amanhã." DRUCKER, Peter. *Introdução à Administração*. 3ª edição. São Paulo: Ed. Thompson/Pioneira, 1998. Pg. 39.

85 Em pesquisa feita, à época da entrada em vigor da Lei n. 11.101/05, pela revista *Pequenas Empresas Grandes Negócios* (Ed. Globo. Rio de Janeiro. Maio de 2005. pg. 12/14) via-se que, no Brasil, apenas 14% dos empreendedores frequentaram a universidade, o que colocava o Brasil muito distante de países como Estados Unidos e Austrália, onde tal porcentagem era superior a 58%. Também alarmante que, segundo tal publicação, 30% dos empresários nacionais não tinham sequer concluído o ensino fundamental.

está dando opções a uma massa de trabalhadores que não foram devidamente absorvidos pelo mercado de trabalho.

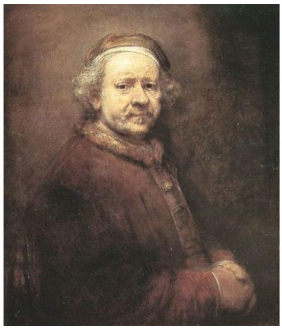
Há ainda outro grupo de empresários para o qual é preciso chamar a atenção ao se abordar o instituto da recuperação de empresas. É representado por empresários de pequeno e médio porte que embora tecnicamente bem capacitados para o exercício de sua empresa e norteados pela boa-fé na prática de seus negócios são levados à situação de crise econômica por fatores que escapam à sua ingerência, como por exemplo uma excessiva carga tributária ou de encargos trabalhistas, altas taxas de juros cobradas por instituições financeiras fornecedoras de capital e as possíveis flutuações na situação econômica do país ou na política econômica estatal.

De que adianta o instituto da recuperação de empresas nesta hipótese? É eficiente investir tempo e dinheiro na ajuda ao empresário qualificado e de boa fé a reerguer-se de uma crise sem dar-lhe, em contrapartida, condições de tornar permanente seu sucesso empresarial? Também aqui se percebe que em muito pouco contribui o instituto da recuperação da empresa, o que certamente está refletido no pequeno índice de seu sucesso no direito estrangeiro.

Capítulo IV - Do Requerimento e Processamento da Recuperação Judicial de Empresas

I – Requisitos especiais exigidos do empresário

Todo empresário ou sociedade empresária encontra-se, conforme estipulado pelo art. 1º da Lei n. 11.101/05, sujeito à falência, ainda que esteja exercendo irregularmente suas atividades. Já para a obtenção da recuperação judicial o devedor precisa comprovar, além de sua condição de empresário, o preenchimento dos requisitos fixados pelo art. 48 da Lei n. 11.101/05:



De Rembrandt a Michael Jackson: gênios das artes que conheceram a insolvência

A situação econômica de insolvência é inerente a qualquer pessoa física ou jurídica, independentemente de suas atividades profissionais. Qualquer sujeito de Direito pode apresentar uma situação de patrimônio deficitário.

Celebridades do meio esportivo ou artístico têm suas vidas pessoais naturalmente mais expostas, e acabam se tornando notórios os casos de insolvência de pessoas ligadas a essas atividades.

São, por exemplo, os casos do ex-campeão mundial de boxe Mike Tyson, do falecido cantor Michael Jackson, do ator Nicholas Cage ou mesmo do famoso pintor holandês Rembrandt.

Importante lembrar, entretanto, que nenhuma destas pessoas estaria, no direito brasileiro, sujeito à falência ou à recuperação judicial. Não porque se tratam, todas, de pessoas físicas, mas porque, como já foi aqui demonstrado, os institutos da falência e da recuperação de empresa somente são aplicáveis a pessoas que se enquadrem como empresários, na forma do art. 966 caput *do Código Civil.*

I – exercício regular da atividade há mais de 2 (dois) anos:

A realidade econômica brasileira mostra que os empresários individuais e as sociedades empresárias nem sempre operam com o devido cumprimento de todas as exigências legais atinentes à sua regular constituição e funcionamento.

Não é difícil constatar que a existência de organismos societários com deficiências de tal ordem acarreta, via de regra, sérias dificuldades àqueles que eventualmente necessitem de demandá-los judicialmente, ocasionando evidente desprestígio tanto ao instituto da pessoa jurídica e à prestação jurisdicional quanto aos demais empresários, que acabam encontrando maiores obstáculos para a conclusão de negócios com terceiros, receosos quanto ao futuro adimplemento das obrigações firmadas.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê uma série de requisitos a serem respeitados por aqueles que pretendam unir seus recursos e esforços para a constituição de uma sociedade personificada.

"Para a constituição ou nascimento da pessoa jurídica é necessária a conjunção de três requisitos: a vontade humana criadora, a observância das condições legais de sua formação e a liceidade de seus propósitos".[86]

A Lei 11.101/05 destaca, para fins de admissão ou não do empresário à recuperação judicial, uma "condição legal de formação" comum a toda e qualquer sociedade personificada. Trata-se da necessidade de registro e constante atualização dos seus atos constitutivos.

A cargo das Juntas Comerciais (no caso das sociedades empresárias) ou dos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, o registro do contrato ou dos estatutos sociais é providência essencial para a constituição válida

86 PEREIRA. Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. vol. I.* 3ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1992. P. 200.

das sociedades, sendo também o ato responsável pela personificação destes sujeitos de direito (art. 985 do Código Civil).

Somente adquire personalidade jurídica autônoma, em relação à de seus sócios, a sociedade cujos atos constitutivos estejam devidamente arquivados na Junta Comercial (ou, como prefere o Código Civil de 2002, Órgão Público de Registro de Empresas Mercantis e atividades afins).

Ressalte-se, porém, que a obrigação das sociedades empresárias em relação ao Registro Público de Empresas Mercantis não se esgota por aí. Devem também ser levados a arquivamento na Junta Comercial qualquer ato que altere, dissolva ou extinga a sociedade empresária (art. 32, II da Lei n. 8.934, de 15 de dezembro de 1994).

Some-se ainda, a esta obrigação, a referente à manutenção e devido preenchimento dos livros contábeis obrigatórios e demonstrações financeiras (art. 1.179 do Código Civil) e se terá a definição de empresário regular.

Empresário ou sociedade empresária regular é aquele que cumpre todos os requisitos e exigências legais fixados para a validade de sua constituição, funcionamento ou extinção, requisitos estes referentes aos documentos que deve manter arquivados no órgão público de registro de empresas mercantis e aos livros e demonstrações contábeis cuja elaboração e manutenção lhe é obrigatória.

A recuperação de empresas, como a antiga concordata, exige que o empresário que a tenha requerido

esteja cumprindo rigorosamente todas as exigências legais atinentes à sua constituição e funcionamento, pois inadmissível que a legislação permita o instituto da recuperação àquele agente econômico que, de alguma forma, encontra-se inadimplente com suas obrigações no Registro Público de Empresas Mercantis ou em relação à sua escrituração contábil.

Ainda exige o art. 48 que o empresário requerente da recuperação judicial tenha pelo menos 2 (dois) anos de exercício regular de sua atividade. Um empresário ou sociedade empresária que em menos de dois anos de atividade já se revele necessitado de recuperação judicial não é, no entender do legislador, um empresário viável economicamente.

A precoce necessidade de recuperação denota, aos olhos da lei, que o empresário se apresenta economicamente inviável por problemas de ordem estrutural, inatacáveis por meio do procedimento judicial ora comentado.

II – Não ser falido ou, caso o tenha sido, que suas responsabilidades decorrentes de tal situação estejam declaradas, por sentença transitada em julgado, extintas.

III – Não ter obtido para si a concessão de recuperação judicial nos últimos 5 (cinco) anos, contados da data em que venha a requerer tal benefício.

IV – Não ter se submetido ao plano de recuperação judicial especificamente estipulado para microempresas e empresas de pequeno porte nos últimos 5 (cinco) anos,

contados da data em que formule o requerimento de recuperação judicial.

V – Se a requerente é sociedade empresária, que os seus administradores e sócio(s) controlador(es) não tenham sofrido anterior condenação por qualquer dos crimes previstos pelo texto da Lei n. 11.101/05 (art. 168 a 178).

A mesma exigência se aplica, por óbvio, à pessoa do empresário individual ou a quem tenha instituído Empresa Individual de Responsabilidade Limitada.

Estas quatro exigências do artigo 48 se referem não à regularidade jurídica do empresário ou sociedade empresária (já aludida no *caput*) mas a sinais exteriores de sua viabilidade econômica (itens II a IV) ou da credibilidade pessoal de seus administradores e controladores (item V).

O empresário ou a sociedade empresária não pode abusar do benefício da recuperação judicial. Este instituto é uma tentativa de remediar e amainar a crise econômica da empresa, mas, exatamente por esta função, deve ser empregado com cautela.

Se o empresário precisa recorrer, em intervalos de tempo muito pequenos, à recuperação judicial significa que sua crise financeira não é temporária ou circunstancial. Demonstra, ao contrário, tratar-se de organização econômica inviável, à qual deve ser destinado o encerramento de suas operações e não o esforço de credores, empregados, Poder Judiciário e demais envolvidos no procedimento de recuperação.

O mesmo raciocínio se aplica, até com mais fundamento, ao falido. A falência é resultado da inviabilidade econômica da empresa e o empresário somente pode recorrer à recuperação judicial após solucionadas todas as suas responsabilidades pessoais e patrimoniais decorrentes de anterior falência.

Vale ainda concluir que a Lei n. 11.101/05 não abarca modalidade de recuperação "suspensiva" da falência, em moldes análogos ao que se tinha, com base no agora revogado Dec. Lei n. 7661/45, em relação à concordata.

VI – Diz o art. 198 da Lei n. 11.101/05 que não poderá requerer a recuperação judicial ou extrajudicial aquele empresário ou sociedade empresária que, por disposição constante de legislação específica em vigor, fosse proibido de requerer concordata.

A antiga concordata, assim como a recuperação judicial ou extrajudicial de empresas, era destinada a empresários em grave crise financeira. Era uma nítida consequência deste estado de dificuldade econômica.

Há, entretanto, determinados tipos de atividades que, por sua natureza, não podem ser satisfatoriamente exercidas por empresários que demonstrem qualquer tipo de fragilidade em sua situação financeira, patrimonial ou econômica.

É o caso, por exemplo, das instituições financeiras, corretoras de títulos, de valores e de câmbio e demais sociedades sujeitas ao regime de intervenção e liquidação

extrajudicial pelo Banco Central do Brasil, atualmente regido pela Lei n. 6.024, de 13 de março de 1974.

Também se enquadram nesta proibição as companhias seguradoras, por força do art. 69 do Regulamento do Decreto-Lei n. 73, de 21 de novembro de 1966, editado com o Decreto n. 64.459, de 13 de maio de 1967.

Embora não haja disposição legal expressa neste sentido, a doutrina salientava também a impossibilidade de sociedade em conta de participação requerer concordata.

"*Sendo essas sociedades destituídas de personalidade jurídica, não poderão impetrar o favor legal. Se um dos pressupostos do direito de pedir a concordata é o de a sociedade ter seus atos constitutivos registrados no Registro de Comércio, a sua inexistência, como no caso dessas sociedades em conta de participação, impede a concessão do benefício".*[87]

Já que impedidas de requerer concordata, as sociedades em conta de participação não poderão pleitear recuperação judicial ou extrajudicial.

Se, como salienta Rubens Requião, o motivo pelo qual a sociedade em conta de participação não podia obter a concordata era a falta de personalidade jurídica, deve-se igualmente afirmar que também as Sociedades em Comum, disciplinadas pelos art. 986 a 990 do Código Civil de 2002 estão, dada a expressa falta de personalidade jurídica,

87 REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar – Vol. II*. 15ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1993. P. 18.

alheias à possibilidade de pleitearem a recuperação judicial ou extrajudicial de suas atividades.

Chama a atenção o caso das companhias aéreas. A Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (o Código Brasileiro de Aeronáutica) veda a concordata às sociedades que tenham por objeto a exploração de serviços aéreos de qualquer natureza ou de infraestrutura aeronáutica.

Já o art. 199 da Lei n. 11.101/05 estabelece uma "exceção da exceção", ao dispor que as companhias aéreas ou de infraestrutura aeronáutica, embora proibidas de requerer concordata, têm garantido o direito a requererem a recuperação judicial ou extrajudicial.

Ainda no que se refere à recuperação das companhias aéreas é vedada, pelo par. 1º do art. 199, a suspensão, no curso do procedimento recuperatório, o exercício dos direitos derivados dos contratos de locação ou arrendamento de aeronaves ou suas partes.

II – Competência do juízo

Diz o texto do art. 3º da Lei n. 11.101/05:

Art. 3º - É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

Esta norma praticamente repete o *caput* do art. 7º do antigo Dec. Lei n. 7.661/45, que tratava da competência jurisdicional para conhecer de pedidos de falência contra os comerciantes[88].

Muito já se discutiu sobre o significado do termo "principal estabelecimento", utilizado tanto pelo art. 7º do Dec. Lei n. 7.661/45 quanto pelo art. 3º da Lei n. 11.101/05[89].

Legalmente, o termo estabelecimento é definido como "*todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário ou por sociedade empresária"* (art. 1.142 do Código Civil).

Este termo pode, entretanto, ser tomado em sentido estrito, identificando-se, neste caso, com cada uma das unidades produtivas constituídas e utilizadas por um mesmo empresário ou sociedade empresária[90].

A partir daí, tem-se que o termo "principal estabelecimento" poderia ser entendido como aquele indicado nos estatutos ou contrato social como o local em que estivesse sediada a sociedade empresária. A unidade produtiva eleita pelo contrato ou estatutos sociais como

88 Art. 7º *caput* do Dec. Lei n. 7.661/45: *É competente para declarar a falência o juiz em cuja jurisdição o devedor tem o seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fora do Brasil*.

89 A respeito das diferentes interpretações apresentadas, na vigência do Dec. Lei n. 7.661/45, para o termo em questão, vale remeter ao vasto estudo de Waldemar Ferreira (FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial – Vol. 14*. São Paulo: Edição Saraiva, 1965. P.182 e seg.)

90 PIMENTA, Eduardo Goulart. O Estabelecimento, In: RODRIGUES. Frederico Viana (org.). *Direito de Empresa no Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 101.

sede da sociedade empresária seria então, segundo este critério, considerada seu "principal estabelecimento".

Este não foi, entretanto, o caminho adotado pela doutrina e pela jurisprudência.

Com razão considerou-se que, para a otimização do procedimento concursal, o juízo falimentar deveria ser aquele cuja jurisdição fosse no local onde o empresário falido concentrasse o maior número de operações mercantis e, por consequência, de credores, empregados, contratos e bens.

Deste modo, a doutrina e a jurisprudência brasileira pacificaram a noção econômica de principal estabelecimento, bem explicada pela decisão abaixo transcrita:

"*COMPETÊNCIA – FALÊNCIA – Local a ser considerado aquele em que a empresa centraliza, de fato, suas atividades, prevalecendo sobre o que consta do estatuto – inteligência do art. 7.o, caput, da Lei de Falência. O principal estabelecimento não é aquele a que os estatutos da sociedade conferem o título de principal, mas o que de forma concretamente o corpo vivo, o centro vital das principais atividades comerciais do devedor, a sede ou núcleo dos negócios em sua palpitante vivência material. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. R.T 731/281)".*

Portanto, a homologação da recuperação extrajudicial, a concessão de recuperação judicial ou a decretação da falência é de competência exclusiva do juízo em que o empresário-devedor tenha o centro de suas

atividades empresariais, correspondente ao maior número de operações negociais, credores empregados e bens.

III - A unidade e universalidade do juízo da falência ou recuperação da empresa

A ideia do concurso de credores advém da impossibilidade patrimonial do devedor para arcar com todas as obrigações por ele assumidas. Já que o devedor não consegue pagar integralmente a todos os seus credores, torna-se necessário agrupar e hierarquizar aqueles conforme a natureza do crédito de cada um, estabelecendo o que na falência se conhece pelo termo massa falida subjetiva.

O concurso de credores também pressupõe, por outro lado, a arrecadação de todo o patrimônio do devedor com o objetivo de rateá-lo entre seus credores, já então organizados segundo o critério acima.

Entretanto, para que se possa viabilizar tais objetivos, é indispensável que a congregação de credores e o patrimônio do devedor fiquem sob ingerência de uma única autoridade judicial.

O concurso de credores pressupõe necessariamente que todos eles possam e devam se sujeitar – paralelamente à arrecadação do patrimônio do devedor - a uma única autoridade judicial, que terá sob sua supervisão e poder decisório toda a massa de interesses ligados ao insolvente.

A unidade do juízo falimentar é corolário deste princípio concursal. Unidade vem de único, de exclusivo. Há apenas um juiz competente para a falência ou recuperação de uma empresa.

"(...) com exceção das ações, que disposição expressa de lei manda correrem em juízo privativo, ou especial, todas as demais ações contra a massa falida devem ser propostas perante o juiz da falência, ainda que existam outros juízes, com igual jurisdição e idêntica competência para conhecer e julgar os processos de falência. De três ou quatro juízes com as mesmas atribuições, um só firmou a competência para processar e julgar determinada falência, tornando-se, pois, o 'juízo indivisível', impartível, infracionável.

Nele se instala a sede legal da administração da falência. Perante ele, por conseguintemente, devem ser formuladas as ações contra a massa. A competência dos demais juízes, na mesma jurisdição, é absorvida pelo primeiro que julgou o pedido."[91]

Portanto, o princípio da unidade do juízo é fundamental e indissociável em qualquer situação de concurso de credores, sendo a falência e recuperação de empresas, sem dúvida, os seus exemplos mais evidentes.

Também a universalidade é atributo essencialmente ligado a qualquer modalidade de concurso de credores. Se o juízo é único - no sentido de que não repartirá sua competência como outros de iguais atribuições legais, a

91 VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências – Vol. I*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1948. P. 87/88.

partir da distribuição do pedido - deve, por outro lado, ter habilitação e autorização legal para apreciar todo e qualquer tipo de questionamentos que se tenham contra o devedor insolvente.

Todos os interessados devem acorrer ao juízo falimentar, abandonando os caminhos naturais para exigirem seus direitos e indo participar do concurso judicial.

"Sendo a falência procedimento concursal são óbvias a unidade e universalidade do juízo. Unidade, no sentido de que nele devem ser decididas todas as questões que interessem à massa falida. Universalidade significa que todos os credores ficam sujeitos à vis attractiva *do juízo falimentar, a ele devendo acorrer."*[92]

O juízo falimentar é universal porque tem competência para analisar e julgar quaisquer tipos de demandas ou interesses envolvendo o devedor insolvente.

A unidade significa que, entre diferentes juízes com igual competência jurisdicional, apenas um terá a atribuição de gerir a falência ou a recuperação da empresa. Assim, é válido afirmar que a unidade do juízo falimentar tem por referência os órgãos judiciais entre si.

A unidade e indivisibilidade é um atributo do juízo falimentar ou recuperatório que se manifesta deste juízo em relação ao outros órgãos judiciais com iguais atribuições de competência, encontrando expressa admissão no texto do art. 7º § 8º da Lei n. 11.101/05, que dispõe: *A distribuição do pedido de falência ou de recuperação judicial previne a*

92 ABRÃO, Nelson. *Curso de Direito Falimentar...* ob. cit. P. 69.

jurisdição para qualquer outro pedido de recuperação judicial ou de falência, relativo ao mesmo devedor.

Já a universalidade significa que todos os credores ou interessados no patrimônio do devedor insolvente têm que, independentemente da natureza do direito discutido, acorrer ao juízo falimentar/recuperatório, abdicando das vias jurisdicionais antes previstas para o exercício de seus direitos. A universalidade do juízo é atributo que se refere e manifesta em relação aos credores do empresário devedor.

Ambos, porém, são corolários naturais do instituto do concurso de credores, em qualquer de suas modalidades. São igualmente presentes e exigidos nas hipóteses de falência e recuperação judicial ou extrajudicial de empresas.

Há, entretanto, importantes exceções aos princípios da unidade e da universalidade do juízo falimentar. A primeira delas encontra-se no art. 7º, referente aos créditos e ações de natureza trabalhista. Dada a existência da Justiça do Trabalho, criada exatamente face às peculiaridades na aplicação da legislação referente a questões empregatícias, opta a Lei n.11.101/05 por retirar tais discussões judiciais do âmbito do juízo da falência ou recuperação de empresas.

A seguinte afirmação de Fábio Ulhôa Coelho resume o tratamento que as ações e créditos trabalhistas recebiam da jurisprudência, com base no Dec. Lei n. 7.661/45: *"O crédito trabalhista, segundo o entendimento tradicional da doutrina e da jurisprudência, deve ser apurado na Justiça do Trabalho, em função de sua competência constitucional (Constituição Federal, art. 114); mas, uma vez transitada em*

julgado a sentença condenatória, o empregado deve habilitar o seu crédito no processo de falência, tendo em vista o caráter universal do juízo falimentar (nesse sentido, RTJ, 122/1164). Recentemente, contudo, observam-se, na Justiça do Trabalho, sinais de alteração desse entendimento, processando-se nela tanto a reclamação quanto a execução trabalhista."[93]

A atual legislação falimentar e recuperatória disciplina a questão em seu artigo 6º e estabelece que as ações de natureza trabalhista, movidas contra o empresário falido ou em recuperação judicial, deverão tramitar normalmente na Justiça do Trabalho, até que se tenha por apurado o respectivo crédito (par. 2º).

Quantificado o montante devido ao empregado, cumpre-lhe requerer sua inscrição no quadro-geral de credores do processo concursal ou recuperatório e não mais o caminho da execução no próprio juízo trabalhista. Retira-se dos credores de natureza trabalhista, assim, a possibilidade de receberem seus créditos sem participarem do concurso.

Em casos de recuperação judicial da empresa, a exigência de inscrição no quadro-geral de credores somente prevalece pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias em que estão suspensas a generalidade das demandas e execuções judiciais contra o empresário devedor (art.6º).

Após este prazo, o empregado torna a poder executar seus direitos trabalhistas, na própria justiça especializada,

93 COELHO, Fábio Ulhôa. C*ódigo Comercial e Legislação Complementar Anotados – à Luz do Novo Código Civil*. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. Pg. 291.

caso outra solução não tenha sido prevista pelo plano de recuperação apresentado pelo devedor e aprovado segundo as formalidades legais.

Outra importante exceção aos princípios da unidade e universalidade do juízo falimentar e recuperatório diz respeito às ações em que a empresa falida ou em recuperação judicial seja autora.

Não deve o réu, em processo movido pelo empresário ou sociedade empresária em recuperação ou falida, sujeitar-se a um ônus processual advindo de mudança na condição do autor e, desta forma, ver transferida para o juízo falimentar a discussão judicial que tramitava em seu domicílio, principalmente se considerado que o juízo concursal está naturalmente já assoberbado com outros interesses do devedor falido ou em recuperação.

Também as execuções fiscais propostas contra o empresário requerente da recuperação escapam à universalidade do juízo recuperatório, uma vez que não são atingidas pela suspensão prevista no art. 6º da Lei n. 11.101/05 e, por isso, continuam tramitando normalmente em seu juízo original.

IV – O requerimento da recuperação judicial

Se preencher todos os requisitos do art. 48 da Lei n. 11.101/05, o empresário poderá postular, no juízo competente (art. 3º), a sua recuperação judicial. Esta faculdade se aplica mesmo que contra ele já haja um pedido de falência desde que, nesta hipótese, postule a recuperação no prazo para contestar tal pedido (art. 95).

Em se tratando de sociedade empresária, este pedido é realizado pelos administradores da sociedade e será precedido de aprovação pelos sócios, reunidos em assembleia geral ou reunião.

Nas Sociedades Limitadas, o art. 1.071, VIII do Código Civil condiciona o pedido de concordata a prévia deliberação pela assembleia ou reunião de sócios. A Lei n. 11.101/05 não mais disciplina o instituto da concordata, tendo-o substituído pela recuperação de empresa. Não há, porém, razão para negar vigência à citada norma do Código Civil, dada a similitude de objetivos (não de métodos) entre a concordata e a recuperação judicial.

Conclua-se também, por outro lado, que, assim como a concordata, a recuperação judicial ou extrajudicial da empresa acarreta sérias modificações no interior da sociedade empresária e em suas relações com terceiros. Lógico, portanto, que a requisição, pelos administradores, deste favor legal, seja precedida da aprovação pela assembleia ou reunião de sócios.

Deste modo, os administradores de uma Sociedade Limitada poderão requerer a sua recuperação judicial desde que autorizados por votos correspondentes à maioria absoluta das quotas sociais, reunidas em assembleia ou reunião regularmente convocada e instalada (art. 1.071 c/c art. 1.076 do Código Civil)

A questão não é diferente nas Sociedades Anônimas. O art. 122, n. IX da Lei n. 6. 404/76 estipula como matéria de competência privativa da assembleia geral de acionistas a aprovação ou não de requerimento de falência ou de concordata, em nome da sociedade.

Vale lembrar também que, tanto na Sociedade Anônima (art. 122 par. único da Lei n. 6. 404/76) quanto na Sociedade Limitada (art. 1. 071 par. 4º), está prevista a possibilidade de, em caso de urgência, os administradores requererem a concordata (leia-se recuperação judicial) sem a anterior aprovação pelos sócios. Esta aprovação poderá ser, neste caso, obtida após o ajuizamento do pedido.

Desta forma, quando a crise financeira pela qual esteja passando a sociedade seja de tal monta que os procedimentos necessários à obtenção da autorização dos sócios possam inviabilizar o sucesso da recuperação, os próprios administradores da sociedade estão aptos a decidir e requerer o benefício.

No caso do empresário individual, caberá a ele o direito de requerer a recuperação de sua empresa ou, em caso de seu falecimento, ao cônjuge sobrevivente, herdeiros, inventariante ou sócio remanescente (art. 48 par. único).

Passando à análise da petição inicial da recuperação judicial resta lembrar, antes, que, uma vez deferido o processamento do benefício, o devedor somente poderá desistir do pedido se a assembleia-geral de credores concordar (art. 52 par. 4).

Além da observância aos requisitos gerais exigidos, pela legislação processual civil, para a regularidade de uma petição inicial, a peça deverá ser instruída com a série de documentos estipulados pelo art. 51 da Lei n. 11. 101/05.

São documentos que visam apresentar ao Poder Judiciário a situação econômica e financeira do empresário devedor, o valor dos débitos e a quantidade de seus credores, além, do número de empregados vinculados ao empreendimento. Subsídios que permitirão ao juiz e aos credores avaliar a viabilidade ou não de aplicar-se, no caso, a recuperação judicial.

Assim, devem acompanhar a petição inicial da recuperação judicial:

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

No capítulo III foi dito, quando tratada a caracterização da recuperação judicial ou extrajudicial da empresa, que a sua incidência não mais se apoia sobre os meros sinais exteriores de insolvência patrimonial com os quais lidava a antiga legislação - não pagamento de dívida líquida certa e exigível/atos falimentares – mas demanda um exame profundo tanto da situação econômico-financeira do

devedor, quanto das causas que o conduziram à situação de crise.

Assim, o empresário devedor, ao pleitear sua recuperação em juízo, deve elencar, na petição inicial, os motivos pelos quais considera encontrar-se, àquela altura, em situação de apuros econômico-financeiros.

Há diferentes fatores que podem levar o empresário à necessidade de obtenção da recuperação judicial ou extrajudicial.[94]

1) Fatores de origem interior ou endógena - estão ligados à estrutura interna da sociedade empresária e/ou aos fatores de produção por ela empregados.

Por "estrutura interna da sociedade" entenda-se a composição do seu quadro de sócios e de sua organização administrativa. Os sócios são os principais provedores do fator de produção capital e os administradores (que muitas vezes são os próprios sócios) são responsáveis pelo fator de produção organização.

Fatores de origem interna são, deste modo, circunstâncias que comprometem a composição ou o relacionamento entre os sócios, o bom desempenho das atribuições administrativas da sociedade ou a otimização da produção e distribuição de bens ou serviços. O comprometimento econômico-financeiro da sociedade decorre do mal funcionamento de sua própria organização.

94 LOBO, Jorge. *Direito Concursal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

São exemplos de fatores de origem interior que levam ao comprometimento econômico-financeiro de uma empresa:

. divergências entre os sócios;

. falecimento do sócio controlador-majoritário;

. crise na sucessão do controle empresarial por falta de interesse ou capacidade técnica dos herdeiros dos sócios controladores;

. falta de capacidade técnica dos administradores da sociedade;

. capital insuficiente para o bom exercício da empresa;

. violação de legislação ambiental, trabalhista ou tributária, acarretando multas e outras sanções pecuniárias;

. despreparo da mão de obra da sociedade;

. matéria-prima sem qualidade;

. tecnologia obsoleta.

2) Fatores de origem exterior ou exógena – Não é difícil perceber que, em várias hipóteses, a sociedade e a empresa por ela exercida são levadas à situação de crise econômico-financeira por circunstâncias que escapam ao poder dos sócios, administradores, empregados e demais envolvidos com a atividade empresarial.

São fatores ligados à situação econômica e/ou social geral do local onde exercem sua atividade ou têm negócios a realizar, a atos do Poder Público ou de outras entidades com as quais se relacionam sem, porém, terem qualquer influência ou controle sobre elas.

É mesmo possível citar exemplos de situações ligadas à própria conjuntura econômica internacional que, não raro, podem ter devastador efeito sobre as finanças de empresas.

São algumas hipóteses de fatores exógenos capazes de impactar na estrutura financeira e patrimonial do empresário ou sociedade empresária:

. diminuição geral no poder aquisitivo dos consumidores;

. aumento na concorrência pelo crescimento do número de empresas no setor;

. aumento excessivo na tributação;

. aumento dos encargos de natureza trabalhista ou previdenciária;

. aumento das taxas de juros cobradas pelo mercado;

. planos econômicos que comprometem o faturamento por meio de confiscos ou tabelamentos;

. variações cambiais abruptas e inesperadas;

. dificuldades no recebimento de créditos pela morosidade dos processos judiciais;

. índices de crescimento geral da economia do país;

. aumento nos índices de inflação;

. política monetária e fiscal praticada pelo Poder Público;

. pouca oferta de financiamentos.

Embora seja possível classificar as circunstâncias causadoras da crise econômico-financeira da empresa, deve-se levar em conta que, a princípio, não tem ela qualquer

influência sobre a viabilidade ou não do requerimento da recuperação judicial.

Assim, para concessão ou não do benefício da recuperação a legislação não distingue se as causas da crise estão ligadas a fatores internos ou externos, bem como se decorrem ou não de culpa por parte dos sócios, administradores ou qualquer outro agente econômico vinculado à atividade.

A reportagem abaixo ilustra bem como diferentes fatores podem afetar um empreendimento que se mostrava bem sucedido:

Como a falência da Blockbuster tornou a Netflix a maior empresa de mídia do mundo

Por: Isabella Carvalho

Há cerca de vinte anos, acessar um acervo físico e escolher um filme em uma locadora fazia parte da rotina dos apaixonados por cinema. Naquela época, um icônico nome dominava as ruas do mundo todo: Blockbuster. A empresa nasceu em 1985, em Dallas. Seu fundador, David Cook, abriu a primeira unidade com um estoque de 8 mil fitas VHS para oferecer aos clientes um serviço de aluguel de filmes e games.

A empresa foi criada em um cenário promissor, onde os reprodutores de videocassetes se tornavam cada vez mais comuns nas casas das famílias americanas. Além disso, Cook usou a tecnologia a seu favor. O empreendedor equipou sua loja com um sistema de computadores que usavam um scanner de código de barras para ler os principais dados de cada fita alugada, calculando os valores. Em dois anos de atuação no mercado, a Blockbuster já era uma rede com 19 lojas em operação.

A partir daí, Cook investiu ainda mais na experiência dos clientes, transformando as unidades da Blockbuster em "big stores" — ou seja, grandes lojas com atendimento exclusivo, variedade de títulos e venda de produtos complementares aos filmes. O negócio deslanchou e, em pouco tempo, se tornou uma marca relevante nos Estados Unidos. Foi então que, em 1987, Cook vendeu a empresa para o milionário Wayne Huizenga.

Sob a liderança de Huizenga, a Blockbuster começou um plano de expansão internacional colocando em prática uma estratégia de aquisições. Ao longo dos anos, a companhia comprou redes de lojas como Erol's, Sound Warehouse, Music Plus e Super Club Retail Entertainment. Em 1988, se tornou a principal cadeia de vídeos da América, com cerca de 400 lojas.

No início dos anos 90, a Blockbuster abriu sua milésima unidade. Já em 1994, foi adquirida pela gigante da mídia Viacom por US$ 8,4 bilhões, atingindo a marca de 4.500 lojas abertas. Alguns anos depois, em 1999, a companhia foi eleita a 13ª marca mais conhecida dos Estados Unidos em uma lista de duas mil empresas.

Em paralelo ao grande sucesso da Blockbuster, nascia a Netflix. A empresa foi criada em 1997 por Marc Randolph, Reed Hastings e Mitch Lowe, como um serviço de entregas de DVDs pelo correio. Na época, os empreendedores entenderam que as fitas

VHS eram frágeis demais para serem despachadas aos clientes — oferecendo uma opção menor, mais leve e totalmente inovadora para a época.

A proposta era simples: no início, os usuários alugavam, em um site, os títulos por preços separados. Alguns meses depois, a empresa lançou um sistema de assinaturas. Por um valor mensal de US$ 21,99, os consumidores tinham acesso a diversos filmes, sem cobrança de multas ou data fixa para entrega. Os títulos eram entregues diretamente no endereço escolhido.

Para colocar em prática esse novo modelo de assinaturas, a Netflix refez a engenharia de seu site e adaptou seu software. Em apenas um ano, o negócio faturou US$ 1 milhão. Em 1999, chegou a US$ 5 milhões de faturamento. Apesar do crescimento, a empresa ainda era instável financeiramente.

Em 2000, Randolph e Hastings se reuniram com John Antioco, CEO da Blockbuster. Os executivos dicutiram uma possível compra da Netflix pela atual líder mundial no ramo de aluguel de filmes. O valor oferecido foi de US$ 50 milhões. O acordo foi recusado por Antioco. No mesmo ano, a Blockbuster continou crescendo e acumulou mais de 7 mil lojas físicas abertas.

Já a Netflix, registrava 420 mil assinantes em seu serviço de entregas. Mesmo sem ter sido adquirida, a empresa continuou se desenvolvendo. Em 2002, as ações da Netflix começaram a crescer e foram negociadas na NASDAQ, bolsa de valores de Nova York. Além disso, seu número de assinantes saltou para 600 mil. Com uma expansão acelerada, a empresa atingiu, em 2004, US$ 500 milhões de faturamento. Um ano depois, o número de assinantes chegou a 4,2 milhões.

Enquanto isso, a Blockbuster ainda registrava receitas bilionárias. Em 2004, a companhia faturou US$ 6 bilhões. Além disso, chegou ao auge atingindo 9 mil unidades espalhadas por 9 países. No mesmo ano — e com algum tempo de atraso — entrou

no mercado de locação online para concorrer com a Netflix. Por US$ 19,99 por mês, os clientes alugavam quantos filmes quisessem. Porém, na visão da empresa, a experiência de ir em lojas físicas ainda tinha o seu valor.

Foi em 2007 que a Netflix tomou uma decisão que mudaria o mercado. A empresa abandonou o serviço de aluguel de DVDs e lançou sua própria plataforma de streaming. Nela, os assinantes poderiam assistir séries e filmes instantaneamente no computador. A partir daí, a empresa teve um crescimento consistente a cada ano.

Em contrapartida, a Blockbuster passou a perder mercado. Desde 2008, a receita da companhia despencou, assim como o número de lojas. Em 2010, enquanto a Netflix registrava 16 milhões de assinantes e uma receita de US$ 2 bilhões, a Blockbuster declarava falência. No mesmo ano, a empresa entrou com um pedido de recuperação judicial no Tribunal de Falências dos Estados Unidos para lidar com cerca de US$ 1 bilhão em dívidas. Em 2011, foi leiloada à emissora Dish Network, operadora de TV por assinatura, por US$ 320 milhões.

Dois anos depois, em 2013, a Blockbuster anunciou o fechamento de suas 300 lojas restantes nos Estados Unidos, descontinuando o aluguel de filmes nas unidades físicas e na plataforma online. "Esta não é uma decisão fácil, mas o consumidor agora opta claramente por ferramentas de distribuição digital de entretenimento em vídeo", disse Joseph Clayton, CEO da Dish, em um comunicado. Hoje, apenas uma loja continua aberta — em Bend, uma pequena cidade nos Estados Unidos. A unidade, franqueada em 2000, se tornou "peça rara" e possui vários anos de contrato com a Dish.

Depois de se tornar referência mundial na indústria de filmes, a Blockbuster fechou suas portas. A companhia, que se concentrava em aumentar seu número de lojas e crescer ainda

mais no modelo convencional de locação de vídeos, não construiu uma estratégia para competir com seus novos concorrentes.

Por outro lado, a Netflix repensou seu modelo tradicional para a Era Digital. Em 2007, seus fundadores perceberam que o consumo de filmes já não era mais o mesmo e decidiu acompanhar esse novo cenário, readaptando sua estratégia. Para isso, transformaram seu negócio incorporando tecnologias e novas práticas focadas no cliente.

A partir daí, a empresa investiu em uma infraestrutura digital e em um sistema de recomendações baseadas no comportamento dos usuários. Além disso, construiu uma cultura data-driven (baseada em dados) e times focados em marketing, operações, finanças, ciência e analytics.

Além da aposta em tecnologia, o modelo de gestão da companhia também passou por grandes mudanças — se tornando referência no mundo todo. A capacidade de se adaptar e se reinventar se tornou um dos principais pilares da empresa. Além disso, a companhia focou em uma gestão horizontal, sem hierarquia e com mais autonomia aos funcionários.

A busca pela excelência e o lema "liberdade com responsabilidade" tem gerado grandes resultados. Em 2018, a empresa atingiu um importante marco: se tornou a companhia de mídia mais valiosa do mundo, ultrapassando a Disney por um dia. Enquanto a gigante do streaming foi avaliada em US$ 152,3 bilhões na bolsa, a Walt Disney Company chegou a US$ 151,7 bilhões.

Hoje, a Netflix já registra 172 milhões de assinantes e possui um valor de mercado de US$ 167 bilhões. Além disso, se destacou por suas produções próprias, se juntando a grandes nomes da indústria cinematográfica com 15 indicações ao Oscar.

Depois de se reinventar algumas vezes, a Netflix se prepara para alcançar novos objetivos. Em entrevista à Exame,

Mitch Lowe, um dos fundadores, traçou um cenário sobre o mais provável futuro da companhia. A Netflix poderá seguir na produção de conteúdos baseados em outra plataforma: o Youtube. O foco? Acompanhar, mais uma vez, a mudança no perfil do consumidor.

"As pessoas têm cada vez menos espaço de atenção, é difícil se concentrar em um filme de duas horas. Ao mesmo tempo, elas querem que os personagens se desenvolvam. É por isso que vamos ter produtos com episódios cada vez mais curtos. O sucesso de vídeos no YouTube mostra que as pessoas na verdade querem episódios de 10, 20 ou 30 minutos que você possa juntar", afirmou o executivo.Além disso, segundo estimativa da empresa norte-americana BMO Capital Markets, a companhia pretende investir cerca de US$ 18 bilhões em produção de conteúdos neste ano — um aumento de US$ 2 bilhões em relação a 2019. Nos próximos anos, esse valor pode chegar a US$ 26 bilhões. Disponível em: https://www.startse.com/noticia/startups/falencia-blockbuster-netflix. Site consultado em 03/08/2020.

II - Demontrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, elaboradas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:

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

Já foi dito, em comentário ao art. 48 da Lei n. 11.101/05, que apenas os empresários e sociedades empresárias regulares podem pleitear a recuperação judicial ou extrajudicial. Também foi salientado que a regularidade do empresário está vinculada ao integral cumprimento das obrigações legalmente estabelecidas para ele.

Neste sentido, tanto as Sociedades Anônimas quanto as Sociedades Limitadas estão obrigadas a ter e manter devidamente escriturados os seus livros e documentos contábeis obrigatórios (art. 1.179 do Código Civil).

O fato do dispositivo legal ora comentado não fazer referência expressa aos livros contábeis exigidos pelo Código Civil, pela Lei das Sociedades Anônimas ou pela legislação especial não exonera o empresário deste ônus.

Deste modo, devem acompanhar a petição inicial da recuperação todos os livros e documentos contábeis exigidos por lei do empresário ou sociedade empresária

requerente, sob pena de inadmissibilidade do pedido de recuperação, dada a irregularidade do requerente e consequente descumprimento do requisito previsto pelo citado art. 48, I.

O Livro Diário é o único livro obrigatório exigido da generalidade dos empresários e sociedades empresárias (art. 1.180 do Código Civil), sendo, por isso, doutrinariamente denominado Livro Obrigatório Comum.

Além deste, há também os que se conhece por Livros Obrigatórios Especiais. Trata-se de modalidades obrigatórias para determinados tipos de empresários, conforme pratiquem ou não algum tipo de negócio jurídico ou se estruturem como Sociedades Anônimas.

São os melhores exemplos o Livro de Registro de Duplicatas (art. 19 da Lei n. 5.474/68), exigido do empresário ou sociedade empresária que emita tais documentos e os elencados pelo art. 100 da Lei n. 6.404/76, obrigatórios para as Sociedades Anônimas.

Por fim, existem também vários exemplos de Livros Contábeis obrigatórios não em função da legislação empresarial, mas por força de dispositivo referente a outros ramos jurídicos, sendo, por esta característica, conhecidos por Livros obrigatórios não empresariais.

São, por exemplo, os livros de interesse fiscal, exigidos pela legislação tributária, como o Livro de Entrada e Saída de Mercadorias, os Livros de Registro de Apuração de ICMS, de Registro de Apuração de IPI e o Livro de Registro de Inventário.

Há ainda, nesta mesma categoria, os livros contábeis obrigatórios por exigência da legislação trabalhista e/ou previdenciária, como o Livro de Registro de Empregados.

Vale notar que as demonstrações contábeis referidas pelo artigo 51 da Lei n. 11.101/05 já são requisitos indispensáveis à regularidade das sociedades empresárias.

Isso significa que, independentemente da exigência constante deste artigo, a Sociedade Anônima (art. 176 da Lei n. 6.404/76) ou a Sociedade Limitada (art. 1.179 do Código Civil) já precisariam dispor das demonstrações contábeis aqui referidas, sob pena de configurarem-se irregulares e terem impossibilitado o requerimento de recuperação.[95]

A forma pela qual são preparados e mantidos os registros, livros e demonstrações contábeis são conhecidos internacionalmente pelo termo *General Accepted Accounting Principles* – GAAP, expressão traduzível por *princípios contábeis geralmente aceitos*. Tal padronização advém do Conselho de Padrões de Contabilidade Financeira (*Financial Accounting Standards Board* – FASB).

Exercício social, por sua vez, é o período de 12 (doze) meses na vida de uma sociedade empresária (Lei n. 6.404/76, art. 175). A cada doze meses a sociedade empresária completa um exercício social.

O início e o término do exercício social não necessariamente coincidem com o início e o término do ano civil. Entretanto, é mais comum - e recomendável - principalmente por razões de ordem tributária, estipular-se

95 As microempresas e empresas de pequeno porte que, por lei têm sua

nos atos constitutivos da sociedade que seu exercício social coincidirá com o ano civil.

Necessário então abordar cada uma destas modalidades de demonstrações contábeis e de sua utilidade como forma de análise da viabilidade econômico-financeira do empresário requerente da recuperação judicial:

O Balanço Patrimonial é uma apresentação, em forma contábil, da situação dos bens, direitos e obrigações dos quais seja titular o empresário ou sociedade empresária. É uma "fotografia" de seu patrimônio, de modo a propiciar àquele venha a ter com ele contato a compreensão da relação entre o valor dos créditos, bens móveis, imóveis e incorpóreos do empresário, por um lado (o chamado ativo patrimonial), e suas obrigações e débitos, por outro (o passivo patrimonial).

Assim, se o ativo patrimonial – composto, em essência, pelos bens e direitos do empresário – for maior que o passivo patrimonial – referente às suas obrigações – pode-se constatar que o patrimônio do empresário está superavitário. Ele possui bens e direitos suficientes para honrar todas as suas obrigações.

No caso contrário, em que o passivo patrimonial é superior ao ativo, tem-se que o patrimônio do empresário encontra-se deficitário, uma vez que seus débitos não podem, no momento, ser integralmente pagos mesmo que às custas de todos os seus bens e direitos.

---

escrituração contábil simplificada, não serão aqui tratadas pois a forma pela qual implementam sua recuperação judicial encontra-se disposta de forma específica e especial.

O art. 178 da Lei n. 6.404/76 deixa clara esta função do Balanço Patrimonial ao estipular que ele se presta a "facilitar o conhecimento e a análise da situação financeira da companhia.". Também o art. 1.188 do Código Civil é taxativo ao estabelecer, para o balanço patrimonial, a função de "exprimir, com fidelidade e clareza, a real situação da empresa".

A Lei n. 11.101/05 exige também a Demonstração do Resultado do Exercício como modalidade de demonstração contábil a acompanhar a petição inicial da recuperação.

Denominada Balanço de Resultado Econômico ou Demonstração da Conta de Lucros e Perdas pelo art. 1.189 do Código Civil e pelo art. 186 da Lei n.6.404/76, esta demonstração contábil se propõe a fornecer uma visão dinâmica da atividade empresarial analisada.

O objetivo da Demonstração do Resultado do Exercício é exprimir não a relação entre ativo e passivo patrimonial, mas aquela existente entre lucros e despesas apurados no exercício social. Com este documento se verifica qual foi o resultado econômico da empresa no último exercício social. Quanto ela arrecadou e o quanto gastou.

"Essa demonstração indica a eficiência global do empreendimento e permite que se analisem os resultados e o retorno resultante dos investimentos realizado. É uma demonstração mais dinâmica do que o balanço patrimonial."[96]

96 ARAÚJO, Adriana Maria Procópio de. ASSAF, Alexandre. *Introdução à Contabilidade*. São Paulo: Ed. Atlas, 2004 P. 32.

A demonstração do resultado refere-se à relação entre faturamento total, despesas e lucros num determinado espaço de tempo. Procura exprimir, em um período temporal preestabelecido, quais foram os ganhos totais do empresário (seu faturamento), quanto ele gastou com o exercício da empresa (gastos) e se, ao término, o primeiro superou o segundo (houve lucro) ou o contrário (houve prejuízo) e em quanto foi esta diferença.

"A demonstração de resultados fornece um resumo financeiro dos resultados operacionais da empresa. As mais comuns são as demonstrações que cobrem o período de um ano encerrado em uma data específica, em geral em um ciclo financeiro de 12 meses, ou ano fiscal, concluído em uma data diferente de 31 de dezembro."[97]

O Balanço Patrimonial é um importante subsídio quando se pretende analisar a viabilidade econômica de uma empresa. Mas as informações que contém podem levar a equivocadas conclusões sobre a questão.

Um empresário pode, por exemplo, ter um balanço patrimonial superavitário, mas estar em franca decadência de produtividade e/ou lucratividade. Assim, embora ele continue apresentando um ativo patrimonial maior que o seu passivo, há que se concluir que a empresa por ele exercida tende ao insucesso.

Por outro lado, um empresário pode estar em situação de patrimônio deficitário por razões outras que não

97 GITMAN, Lawrence J. MADURA, Jeff. *Administração Financeira – Uma abordagem gerencial*. São Paulo: Pearson Addison & Wesley, 2003. P. 186.

o seu insucesso empresarial. Muitas atividades empresariais hoje são, especialmente no ramo de serviços, exercidas sem grande concentração de bens móveis ou imóveis, o que certamente se reflete no valor monetário de seus ativos.

Entretanto, tais atividades podem ser extremamente lucrativas, contribuindo para uma perspectiva favorável quanto à viabilidade do negócio, eventualmente comprometido por obrigações que, se não podem ser garantidas pelos bens e direitos do empresário, têm grande potencial de, no seu vencimento, serem honradas pelos lucros futuros do empreendimento.

É por isso que as informações contábeis sobre a viabilidade econômica de um empresário não podem se esgotar na análise do Balanço Patrimonial.

Por fim, o artigo 51 da Lei n. 11.101/05 faz referência ao relatório gerencial de fluxo de Caixa, cuja importância, como subsídio para o cálculo do chamado "valor da empresa", é fundamental.[98]

Trata-se aqui da chamada Demonstração de Fluxo de Caixa, que procura explicitar, também em formato contábil, qual a origem e o valor de todos os recursos financeiros que passaram a compor o patrimônio do empresário e também qual foi a destinação dada a todos os recursos financeiros que deixaram o patrimônio deste mesmo empresário.

Têm-se, deste modo, uma visão de como e onde o empresário vem obtendo recursos financeiros (receita) e de

98 COPELAND, Tom. KOLLER, Tim. MURRIN, Jack. *Avaliação de Empresas (Valuation) – calculando e gerenciando o valor das empresas*. 3 ed. São Paulo: Pearson Makron Books. P. 76 e seg.

onde vem empregando-os (despesas). Só assim se pode procurar otimizar as fontes de receita e minimizar as causas de despesas.

Pode-se também, com a Demonstração de Fluxo de Caixa, apurar-se a diferença entre o que o empresário esperava faturar e gastar (expressa pelo Balanço De Resultado Econômico) e o que ele efetivamente faturou e gastou, constante desta demonstração contábil.

A soma destas três demonstrações contábeis busca permitir saber se o empresário tem mais ou menos bens e direitos do que obrigações (Balanço Patrimonial), obteve lucro ou prejuízo no último exercício social (Balanço de Resultado Econômico) e, ao longo dos anos anteriores, de onde vem (como ganha) e para onde vão (como gasta) os recursos financeiros que possui (Demonstração de Fluxo de Caixa).

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

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

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

Os documentos exigidos pelo item V do art. 51 da Lei n. 11.101/05 têm por escopo comprovar a regularidade da sociedade empresária quanto à sua obrigação perante o Registro Público de Empresas Mercantis.

Além disso, estes documentos permitem ao juízo conhecer os sócios da sociedade empresária, bem como a responsabilidade de cada um deles pelos débitos da pessoa jurídica e sua participação no capital social. Propicia também saber como está estruturada a administração da sociedade e quem é (ou são) as pessoas que, no momento, encontram-se exercendo funções administrativas.

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

Há algumas espécies de obrigações que, uma vez assumidas por uma sociedade empresária, são, por lei, garantidas pelo patrimônio de seus sócios ou administradores, mesmo quando se tratar de sociedades com responsabilidade limitada para seus integrantes.

É, por exemplo, o caso das obrigações decorrentes de infração à lei tributária (art. 135 do Código Tributário Nacional) e por danos cometidos nas relações de consumo (art. 28 do Código de Defesa do Consumidor).

Outro objetivo desta exigência é minimizar a possibilidade de que a recuperação de empresas seja

concedida a uma sociedade empresária cujos sócios ou administradores tenham agido fraudulentamente.

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

Trata-se de mais um documento exigido para que seja possível avaliar a real condição financeira da sociedade ou do empresário requerente da recuperação judicial. É, por outro lado, um documento que acaba por atestar, de certo modo, a veracidade das informações contábeis prestadas.

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

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

São documentos que conferem a noção de quantos credores do empresário já se encontram sem o devido pagamento de suas obrigações e, além disso, já decidiram tomar medidas judiciais ou extrajudiciais para o recebimento de seus direitos.

V – Processamento do pedido de recuperação judicial

Uma vez em ordem a petição inicial e os documentos que devem instruí-la, o juiz, no ato que defere o processamento do pedido de recuperação, vai também nomear o administrador judicial, ordenar a suspensão de todas as ações e execuções contra o devedor (art. 6º da Lei 11.101/05), a intimação do Ministério Público e a comunicação às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento.

Neste mesmo ato o juiz determinará que o empresário devedor está dispensado da apresentação de certidões negativas para o exercício regular de suas atividades. Esta dispensa perdurará até que o plano de recuperação judicial seja submetido às regras de aprovação (art. 57).

Tal dispensa, porém, inexplicavelmente não se aplica para fins de contratação com o Poder Público (inclusive, por óbvio, para participação em licitações) ou para o recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Esta exceção contraria frontalmente a própria ideia de recuperação de empresas. Como salientado, o procedimento de recuperação é feito com a colaboração de interesses intra e extraempresariais.

De estranhar que o Poder Público imponha aos particulares a negociação com o devedor sem a apresentação de certidões negativas, mas, concomitantemente, recuse-se

a aceitar este mesmo devedor como possível contratante e lhe retire o direito a benefícios ou incentivos de ordem fiscal.

Cabe ao devedor, a partir do momento em que o juiz recebe a petição inicial e determina o processamento de seu pedido de recuperação, a obrigação de prestar contas mensalmente ao juízo, por todo o tempo em que transcorrer a recuperação judicial. Em caso de inobservância desta determinação, os administradores da sociedade empresária devem ser destituídos.

Ainda dentro das providências judiciais tomadas quando do recebimento da petição inicial da recuperação e deferimento de seu processamento está a prevista pelo par. 1º do art. 52.

Trata-se da publicação, em órgão oficial de imprensa, de edital destinado, em essência, aos credores nominados pelo empresário requerente da recuperação, advertindo-lhes dos prazos para habilitação dos créditos (art. 7º, § 1º) e para objeção ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor.

Capítulo V - Da Habilitação e da Verificação de Créditos no procedimento de recuperação de empresas ou falência

I – Credores sujeitos aos efeitos da recuperação de empresas

Segundo o texto do art. 49 da Lei n. 11.101/05 estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial da empresa todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, nos quais figure como obrigado o empresário ou a sociedade empresária postulante da recuperação.

Aos credores de sócio de responsabilidade ilimitada eventualmente existente na sociedade em crise econômica também se aplicam os efeitos do procedimento recuperatório. Esta categoria de credores concorre com os credores da sociedade em recuperação pelo patrimônio individual do sócio de responsabilidade ilimitada.

Não submeter os credores do sócio de responsabilidade ilimitada aos efeitos da recuperação judicial postulada pela sociedade seria admitir-lhes a possibilidade de atacarem o patrimônio particular do sócio/devedor ao mesmo tempo em que se suspende tal direito em relação aos credores da pessoa jurídica empresária na qual tal sócio/devedor figure.

O processamento e concessão de recuperação judicial não tem o poder de provocar, por si, qualquer

modificação nas condições originais das obrigações assumidas pelo empresário devedor, seja no que diz respeito ao seu montante, garantias oferecidas e demais encargos salvo se tais medidas forem parte, com base no permissivo do art. 50, do plano de recuperação apresentado e aprovado pela assembleia geral de credores.

Consequência desta orientação é que o processamento ou mesmo a concessão de recuperação judicial não interferem sobre o direito de credores do empresário devedor exigirem na forma, montante e prazo originais o pagamento das obrigações contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso eventualmente constante dos títulos (art. 49 par. 1º).

Assim, se o empresário em recuperação é devedor principal em um título de crédito, por exemplo, nada impede que o credor exija, nas condições e com os privilégios originais constantes do documento, que o pagamento seja efetuado pelos demais coobrigados eventualmente constantes do título.

O mesmo ocorre com relação aos eventuais fiadores e obrigados de regresso do empresário em recuperação.

Que se ressalte, porém, que estes coobrigados, fiadores ou obrigados de regresso que honram o pagamento de tais dívidas se sub-rogam, nos termos da legislação específica, nos direitos do credor original, podendo, então, assumir a posição como credor do empresário em recuperação e comparecer no processo recuperatório, habilitando-se normalmente ou de forma retardatária.

De efeitos significativamente mais amplos que a antiga concordata – cujas consequências incidiam apenas sobre os créditos quirografários já vencidos de um comerciante - o instituto da recuperação judicial abarca a generalidade do passivo patrimonial de um empresário ou sociedade empresária.

A recuperação judicial da empresa alcança, em princípio, qualquer credor do empresário, independentemente da natureza dos créditos envolvidos e mesmo que não tenham ainda atingido a sua data de vencimento (art. 49). Há, porém, consideráveis exceções à esta orientação:

1 - proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis

A alienação fiduciária em garantia é, em seus diferentes aspectos e efeitos, disciplinada por diferentes textos normativos, dentre os quais há os arts.1.361 a 1.368 do Código Civil brasileiro, que cuidam da propriedade fiduciária, e o Dec. Lei n. 911/69 (com suas alterações posteriores).

Trata-se a propriedade fiduciária de uma modalidade de direito real de garantia pelo qual o devedor cede a seu credor a propriedade resolúvel e a posse indireta de um bem com o objetivo de garantir o pagamento da obrigação assumida.

Enquanto não honrada integralmente a dívida garantida pelo bem alienado fiduciariamente, o credor é seu legítimo proprietário. Após o total pagamento da obrigação assumida o devedor adquire a propriedade superveniente sobre o bem.

Cezar Fiúza explica a relação entre o contrato de alienação fiduciária em garantia e a garantia real corporificada pela propriedade fiduciária do bem: *"A alienação fiduciária em garantia tem natureza contratual. É contrato em que as partes estipulam direitos e obrigações recíprocas. O devedor transfere a propriedade de um bem ao credor, que se torna se dono, até o pagamento integral da obrigação, quando o domínio volta ao devedor. Tal o perfil do contrato.*

Desse acordo de vontades surge para o credor um direito real de garantia."[99]

O credor (chamado proprietário fiduciário) encontra, por força do Dec. Lei n. 911/69, grande proteção de seus direitos sobre o bem alienado em seu favor. Assim, uma vez que o devedor fiduciante atrase o cumprimento de suas obrigações para com o proprietário fiduciário, este pode implementar a busca e apreensão liminar do bem (art.3º) ou, em não encontrando o objeto alienado fiduciariamente, convertê-la em ação executiva (art. 4º).

Pode ainda o proprietário fiduciário vender o bem (salvo previsão contratual diversa) independentemente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial (art. 2º), submeter o devedor fiduciante diretamente a ação executiva (art.5º) ou, se preferir, requerer sua falência e a restituição do bem alienado (art. 7º).

Além destas prerrogativas, o proprietário fiduciário tem a seu favor, por força do art. 49 par.3o da Lei n. 11.101/05,

99 FIÚZA, César. *Direito Civil*. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. P. 775.

a exclusão dos efeitos da recuperação judicial de empresa eventualmente concedida ao devedor fiduciante.

A única ressalva que o proprietário fiduciário sofrerá em seus direitos em virtude da recuperação judicial do devedor fiduciante é a possibilidade de suspensão, comentada abaixo, da prerrogativa de retirar o bem da posse do empresário em recuperação.

A alienação fiduciária pode ter como objeto também os denominados "recebíveis", que são, em síntese, títulos ou documentos de crédito dos quais seja credor o empresário ou sociedade empresária. É usual que bancos e demais instituições fornecedoras de crédito exijam, na realização de contratos de mútuo, a cessão fiduciária dos recebíveis dos quais seja titular o empresário ou sociedade empresária tomadora do empréstimo.

A consequência desta operação é que, em caso de recuperação judicial do empresário ou sociedade empresária devedora do banco, o valor emprestado pela instituição financeira não poderá ser abarcado pelos termos do plano de recuperação, já que se encontra na exceção ora discutida, em virtude da garantia mediante cessão fiduciária de créditos. Esta situação é conhecida com "trava bancária" pois, na prática, muitas vezes inviabiliza a recuperação da empresa, já que exclui os valores devidos ao banco.

2 - arrendador mercantil

Trata-se o arrendamento mercantil ou *leasing* do contrato pelo qual uma pessoa que necessita de determinado bem consegue que ele seja adquirido por outrem - o chamado arrendador mercantil - junto ao seu vendedor para, neste mesmo ato, ceder-lhe o uso e a posse do objeto por meio de locação por prazo determinado.

Ao final do prazo da locação o usuário do bem – denominado arrendatário - tem a opção de adquiri-lo por um valor residual fixado no contrato de arrendamento ou então devolvê-lo ao arrendador mercantil.

A Lei nº 6.099/74, modificada pela Lei nº 7.132/83, denominou o *leasing* brasileiro de arrendamento mercantil, cuja grande utilização se liga, dentre outras, às possibilidades de utilização de um bem sem o capital necessário para sua aquisição imediata e de conversão dos custos de ativo fixo em despesas dedutíveis, com repercussões tributárias positivas.

O arrendamento mercantil ou *leasing* não se equipara à alienação fiduciária pois - e apesar de em ambos os casos o proprietário do bem ser o credor - no arrendamento mercantil verifica-se a locação da coisa com opção de compra em favor do locatário. Já na alienação fiduciária verifica-se a venda financiada de um bem, garantida pela propriedade resolúvel sobre o objeto.

A natureza jurídica do arrendamento mercantil é muito discutida, sendo considerada híbrida posto envolver,

em uma mesma relação, a locação, prestação de serviços e a compra e venda.

"Não se trata de uma simples locação com promessa de venda, como à primeira vista pode parecer. Mas cuida-se de uma locação com uma consignação de promessa de compra, trazendo, porém, um elemento novo, que é o financiamento, numa operação específica que consiste na simbiose da locação, do financiamento e da venda.

Em suma, é a figura em exame uma alternativa de financiamento para aquisição de qualquer tipo de veículo, máquina o equipamento de fabricação nacional ou estrangeira, novo ou usado, incluindo, também, financiamento de imóveis"[100]

Em suas diferentes variantes, o contrato de arrendamento mercantil ou *leasing* ficará apartado dos efeitos da recuperação judicial concedida ao arrendatário, valendo apenas a ressalva abaixo sobre a suspensão do direito de retomada do bem arrendado.

3 - proprietário em contrato de venda com reserva de domínio

Trata-se de hipótese na qual o empresário em recuperação tenha adquirido um bem por meio de contrato de compra e venda da qual conste cláusula que estipule a reserva de domínio em favor do vendedor.

"Dá-se a reserva de domínio quando se estipula pacto adjeto ao contrato de compra e venda, em virtude do qual o vendedor reserva para si a propriedade da coisa alienada,

100 RIZZARDO, Arnaldo. *Leasing – Arrendamento mercantil no Direito brasileiro*. 4ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. ps. 20/21

até o momento em que se realize o pagamento integral do preço. É usado nas vendas em prestações, com investidura do comprador, desde logo, na posse da res vendita, ao mesmo passo que se subordina a aquisições do domínio à solução da última prestação."[101]

Assim, embora o empresário em recuperação esteja na posse e uso do bem vendido, este ainda não é de sua propriedade. Neste caso a Lei n. 11.101/05 estabelece que o proprietário-vendedor tem seus direitos resguardados dos efeitos da recuperação judicial, podendo exercê-los integralmente e na forma originalmente pactuada.

Nas hipóteses de proprietário fiduciário, arrendador mercantil e do contrato de compra e venda com reserva de domínio, é possível extrair importante característica comum e que fundamenta o tratamento diferenciado que lhes concede a legislação ora em estudo.

Trata-se da constatação de que o empresário em recuperação está na posse e uso de um bem que não é, até o momento, de sua propriedade, mas sim de seus credores. Não admite a Lei n. 11.101/05 que os proprietários destes bens sejam equiparados aos demais credores do empresário em recuperação.

Nestes casos a legislação optou por estipular que tais credores não se submetam aos termos da recuperação judicial ou extrajudicial da empresa. Os bens objetos de contratos de arrendamento mercantil, compra e venda

101 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil - Vol III*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1993. p. 153

com reserva de domínio ou que estejam garantidos por alienação fiduciária, assim como os créditos decorrentes do cumprimento destes vínculos, permanecem inalterados pelo advento de recuperação judicial ou extrajudicial da empresa.

O proprietário fiduciário, arrendador mercantil ou vendedor de um bem com reserva de domínio não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial eventualmente requerida pelo seu devedor. Cabe-lhes o direito de continuar exigindo, mesmo se instaurado o procedimento judicial recuperatório do devedor, o cumprimento da dívida garantida, nas condições originalmente pactuadas.

Já o empresário devedor não pode inserir, no plano de recuperação, qualquer dispositivo que altere as condições originais do contrato com tais credores, assim como, obviamente, o bem objeto deste vínculo não pode ser alienado ou onerado como forma de recuperação da empresa.

O empresário em recuperação terá que cumprir integralmente as obrigações assumidas por meio destes contratos, não podendo opor, a estes credores, qualquer termo do plano de recuperação aprovado pelos demais credores.

4 - proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade (inclusive em incorporações imobiliárias).

Como é tradicional no ordenamento jurídico brasileiro, em caso de compra e venda de imóveis a transferência do

domínio sobre o bem vendido não se efetua com a simples conclusão do contrato, mas com a inscrição do título translativo no Cartório de Registro de Imóveis competente (art. 1.245 do Código Civil).

O mesmo ocorre, por óbvio, na hipótese da promessa de compra e venda de bens imóveis, quando promitente-vendedor e promissário comprador firmam esta modalidade de contrato preliminar para o regramento da negociação futura sobre o bem em questão.

Tanto no caso do próprio contrato de compra e venda, quanto da promessa de compra e venda de bens imóveis é lícito às partes estipularem a irrevogabilidade do acordo entre elas firmado. Deste modo, e uma vez firmada tal cláusula, constitui-se direito real sobre o imóvel, o que confere ao adquirente ou promissário comprador o direito de adjudicar compulsoriamente o bem negociado pleiteando, por via judicial, a inscrição do título translativo.

Optou a Lei n. 11.101/05 por garantir ao vendedor ou promitente vendedor de bem imóvel o direito ao cumprimento integral das prestações firmadas pelo adquirente ou promissário comprador em recuperação judicial, não submetendo o vínculo em análise às limitações estipuladas para a generalidade dos credores do empresário em recuperação.

Entende a legislação que, se o promissário comprador do imóvel é empresário ou sociedade empresária, a sua submissão ao procedimento de recuperação judicial não deve interferir sobre os direitos do promitente vendedor,

uma vez que este, diante da cláusula de irretratabilidade, não poderá evitar a adjudicação compulsória do bem imóvel negociado.

Desta forma se evita que o promitente vendedor perca a propriedade do bem vendido e, ao mesmo tempo, se sujeite às limitações impostas à generalidade dos credores em virtude da recuperação judicial deferida ao promitente comprador.

Estes efeitos valem também para o contrato de incorporação imobiliária, o qual "(...) *tem por objeto a operação jurídica de venda de unidade autônoma de edifício em construção, em regime de condomínio em escala, por pessoa habilitada a promover aquela construção e a transferir o domínio da sala, apartamento, loja etc., que se obrigou a construir, mediante o pagamento, efetuado pelo outro contratante, da prestação pecuniária representativa do preço."*[102]

A única restrição aplicável às quatro modalidades de credores aqui tratados, pelo deferimento de recuperação judicial ao devedor, diz respeito à proibição de, no prazo de 180 dias durante o qual estão suspensas as obrigações do empresário em recuperação (art.6º), venderem ou retirarem do estabelecimento do devedor o objeto de sua propriedade, se este for um bem de capital necessário ao exercício de sua atividade empresária.

Procura esta norma garantir que o empresário em recuperação possa continuar usufruindo do bem durante o

102 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro. Vol – III.* 18a edição. São Paulo. Ed. Saraiva, 1998. p. 495 e 496

período de sua recuperação judicial e possa dele se valer para o exercício de sua empresa.

Os contratos em questão são muito usados para a aquisição, por empresários, dos chamados bens de capital, sem os quais a sua atividade empresarial pode ficar muito comprometida.

Assim, e enquanto estiver sob a égide da recuperação judicial, o empresário não será desapossado dos bens de terceiros com os quais esteja em função dos contratos ora em análise e que, além disso, sejam essenciais ao exercício da empresa a que se dedica.

5 – Adiantamento de contrato de câmbio (art. 86, II)

O contrato de câmbio também encontra, por força do art. 49 par. 4º, particular tratamento face à recuperação judicial de empresas. Trata-se de operação bancária de importância fundamental na realização do comércio internacional e que consiste basicamente no ato de trocar por moeda nacional a moeda estrangeira recebida pelo empresário como pagamento de mercadorias por ele vendidas no exterior.

"As operações de câmbio mais numerosas, e envolvendo importâncias maiores, são as escriturais, destinadas à exportação e à importação, e que se perfazem por lançamentos contábeis (...) portanto, o banco vende ao interessado, do país, somas tiradas de seus haveres no estrangeiro, recebendo moeda nacional, nos casos de importação. Ou compra a

moeda estrangeira, pagando ao vendedor em moeda nacional, quando se trata de exportação."[103]

Por meio deste contrato o empresário que exporte seus produtos obtém, de instituição financeira, o adiantamento, em moeda nacional, da importância que receberá do importador de tais mercadorias.

Segundo a Lei n. 11.101/05 as importâncias eventualmente adiantadas por instituição financeira, em função de contrato de câmbio, ao empresário em recuperação também escapam por completo aos efeitos da recuperação judicial devendo, deste modo, ser restituídas em seu montante original.

6 – Credores garantidos por penhor sobre direitos ou títulos de crédito, aplicações financeiras ou valores mobiliários.

Configura-se o penhor quando o devedor transfere a seu credor uma coisa móvel, suscetível de alienação, para que reste garantida a obrigação assumida (art.1.431 do Código Civil).

A coisa móvel dada em garantia pode ser um título de crédito, um direito de crédito do qual o devedor na obrigação garantida seja titular contra outrem, aplicações financeiras ou valores mobiliários de sua titularidade.

Nesta hipótese - e ao contrário do que se verificou no caso de arrendamento mercantil, propriedade fiduciária e compra e venda de bem imóvel - o crédito, garantido

103 ABRÃO, Nelson. *Curso de Direito Bancário*. 2ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. ps. 128/129

por penhor, contra o empresário em recuperação se submete normalmente aos termos e limitações fixados pela recuperação judicial concedida.

Ressalte-se, porém, que, quando o penhor incide sobre direitos de crédito que o empresário em recuperação tenha a seu favor contra terceiros, estes podem ser (e muito provavelmente o serão) liquidados antes que o credor pignoratício possa, face às limitações impostas a ele pela recuperação judicial, voltar a exigir seus direitos contra o empresário em crise.

Haverá, deste modo, um enfraquecimento na garantia oferecida, já que o direito de crédito do qual era titular o empresário em recuperação terá sido liquidado, ao contrário do direito do credor pignoratício, que se encontrará suspenso.

Em virtude desta constatação o art. 49 par. 5º da Lei n. 11.101/05 estipula que, ocorrida a liquidação ou vencimento da obrigação dada em penhor, o valor recebido pelo empresário em recuperação permanecerá em conta bancária vinculada, até que termine o prazo do art. 6 par. 4º da Lei n. 11.101/05 .

Para evitar que isto aconteça, o empresário em recuperação poderá substituir ou renovar as garantias originais já liquidadas, mas, para isso, precisará obviamente do consentimento do credor original.

Se, em processos de recuperação da empresa, há todos esses casos de credores aos quais não se aplica os

efeitos do procedimento recuperatório, o mesmo não se tem em caso de falência.

Assim, a habilitação de crédito deve, na forma acima descrita, ser realizada por todos os credores do empresário que vai à falência, ainda que não vencidos os débitos. Todo o passivo patrimonial devido pelo empresário ou sociedade empresária estão sujeitos à participação no concurso de credores instituído no juízo falimentar.

Apenas as obrigações assumidas a título gratuito e as despesas que os credores fizerem para tomar parte na recuperação judicial ou falência, salvo as custas judiciais decorrentes de litígio como o devedor (art. 5º da Lei n. 11.101/05), constituem casos de débitos inexigíveis não só em processos de recuperação, como também na falência.

II - Suspensão das ações e execuções individuais

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

Este dispositivo praticamente repete os termos do art. 24 do agora revogado Dec. Lei n. 7.661/45, que estipulava: "as ações ou execuções individuais dos credores, sobre direitos e interesses relativos à massa falida, inclusive as dos credores particulares de sócio solidário da sociedade falida, ficam suspensas, desde que seja declarada a falência até o seu encerramento."

Uma vez reconhecido pelo Poder Judiciário que o devedor não tem condições patrimoniais para arcar com todas as obrigações pecuniárias que assumiu, torna-se necessário promover a arrecadação judicial de seu patrimônio para a partilha entre todos os seus credores, que serão ordenados não segundo sua maior ou menor diligência na cobrança de seus créditos, mas em função da natureza das obrigações das quais sejam titulares.

A falência tem por objetivo ratear o patrimônio do empresário-devedor entre seus credores, evitando que, dada a maior quantidade de débitos do que de recursos para pagá-los, alguns credores, mais diligentes, recebam integralmente os valores devidos (por meio de ações e

execuções judiciais individualmente promovidas) e outros fiquem sem qualquer pagamento.

"Assim, constituído solidamente o processo, todos os credores a ele concorrem, tenham ou não seus títulos vencidos. Só assim se pode constituir unitariamente a massa subjetiva, que passa a atuar como uma unidade e a assegurar o tratamento igual a todos eles.

Para compor um processo uno e indivisível é necessário que todos os credores, na mesma ocasião, venham constituir a massa subjetiva. Não se pode, pois, conceber que credores permaneçam estáticos, aguardando o vencimento de seus créditos, para só então poderem postular seus direitos."[104]

Com a falência organiza-se todos os débitos contraídos pelo empresário falido, mas não em virtude da eventual existência de ação ou execução judicial neles baseada. Os credores são organizados em função da natureza de seus créditos.

Assim, a suspensão das ações e execuções judiciais contra o devedor falido é providência inerente à própria noção de execução coletiva. Se a falência se presta a instaurar o concurso de todos os credores do falido ao seu patrimônio, de forma a rateá-lo em função da natureza jurídica de cada um dos débitos, a possibilidade de se continuar atacando individualmente o patrimônio do falido, por meio de execuções ou ações judiciais individuais, é descabida.

104 REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. *Vol. I*. 15ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 1993. p. 138

Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o ora comentado art. 6º se fundamenta não apenas na salientada necessidade de organização dos credores em um único grupo, mas também para que se conceda, ao empresário em crise econômica, um prazo para reorganizar seu patrimônio e procurar recuperar sua empresa.

O ordenamento jurídico norte-americano conhece e disciplina a suspensão de ações e execuções individuais contra o devedor em crise sob a denominação "automatic stay" ("parada automática"). Douglas Baird sintetiza as razões de ser do instituto: "*Em um mundo perfeito, o processamento de uma falência corporativa terminaria em um instante (assumindo que em um mundo perfeito ainda haveria falência). No mundo em que vivemos, entretanto, isto não é tão simples. Até mesmo uma venda direta do negócio por dinheiro leva tempo. Nós precisamos de um mecanismo para preservar o* status quo *enquanto nós separamos os negócios do devedor.*"[105]

Note-se que a suspensão das ações e execuções individuais contra o devedor em recuperação (*automatic stay*) se presta a manter sua situação patrimonial e financeira enquanto tenta reorganizar-se e propor aos seus credores um plano de recuperação.

---

105 "*In a perfect world, a corporate bankruptcy proceeding would be over in an instant (assuming that in a perfect world you would still have bankruptcy). The world we live in, however, is not so simple. Even a straight sale of the business for cash takes time. We need a mechanism to preserve the status quo while we sort out the affairs of the debtor.*" BAIRD, Douglas. *Elements of Bankruptcy*. 4th ed. New York: Foundation Press, 2006, P. 207.

Porém, a suspensão de que trata o art. 6o da Lei n. 11.101/05 em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contados do deferimento do processamento da recuperação e findo o qual se restabelece o transcorrer das ações e execuções individuais, independentemente de pronunciamento judicial.

As ações judiciais em que se esteja demandando quantia ilíquida contra o empresário-devedor não são atingidas pela suspensão ora em estudo. Ao contrário, se alguém pleiteia, contra o empresário em crise, direito sobre o qual ainda não existe certeza quanto à sua existência e/ou liquidez quanto ao seu montante, tais ações vão transcorrer, até sua eventual procedência e liquidação, no juízo onde tenham sido originalmente propostas.

Somente após reconhecida judicialmente a procedência destes pleitos e a exigibilidade de tais valores, devidamente acertados quanto ao seu montante, é que se tem por constituída definitivamente uma relação de débito e crédito.

Caberá ao autor de tais demandas, neste momento, postular sua habilitação junto aos demais credores do empresário em recuperação ou falência, conforme a natureza do direito que lhe tenha sido reconhecido.

A submissão ao procedimento de recuperação judicial não compromete ou diminui a capacidade jurídica ou processual da sociedade empresária ou empresário individual. Portanto, continua a sociedade empresária - salvo

se medida diversa for prevista no plano de recuperação - a ser representada pelos seus administradores originais nos processos em que figure como ré[106].

Pode ocorrer de, no momento em que se tenha por definitivamente reconhecida a existência, exigibilidade e liquidez de um direito contra o empresário em crise, a falência ou recuperação judicial já esteja em fase avançada, com a possível ocorrência de rateios entre os credores da classe na qual se insere este novo débito.

Para evitar que os credores que demandavam quantias até então ilíquidas vejam-se prejudicados em relação aos demais de sua categoria, o par. 3º do aqui citado art. 6º permite que o juiz responsável pelo julgamento de tais ações possa determinar, no curso da falência ou recuperação judicial, que seja garantido o juízo por meio de reserva da importância que estimar devida.

Já foi dito que, uma vez deferido o processamento da recuperação judicial, todas as ações e execuções judiciais nas quais seja réu o empresário ou sociedade empresária requerente do benefício estarão automaticamente suspensas.

Suspendem-se também todas as ações e execuções judiciais nas quais o sócio solidário da sociedade em recuperação seja demandado por credores particulares,

106 *CITAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. Sendo a citação ato constitutivo da relação processual, impõe-se, para a sua validade, que em se tratando de pessoa jurídica seja feita na pessoa do seu representante legal. – Recurso especial conhecido e provido* (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. R.Esp. n. 62.634-0-SP, rel. Min. Cláudio Santos; DJU de 09/10/1995, P. 33.704). Em caso de falência a representação processual ora referida será atribuição do Administrador Judicial nomeado.

os quais devem promover sua habilitação no processo recuperatório (art.20 da Lei n. 11.101/05).

Sócio solidário é o sócio que, em função do tipo societário em questão, está sujeito a arcar, com seu patrimônio pessoal, pelos débitos assumidos em nome da pessoa jurídica. É o caso dos sócios da sociedade em nome coletivo, dos sócios da sociedade em comum e dos sócios comanditados de uma sociedade em comandita simples.

Difere, por exemplo, dos sócios da sociedade limitada, que têm, em princípio e desde que integralizado o capital social, seus bens pessoais resguardados do ataque de credores da sociedade e também dos acionistas, cujo acervo patrimonial pessoal responde, regra geral, apenas e tão somente pelo preço de emissão das ações por ele subscritas (art. 1º da Lei n. 6.404/76).

A responsabilidade deste sócio é solidária entre ele e os demais integrantes do corpo societário que também respondam ilimitadamente pelas dívidas da pessoa jurídica.

Já entre o patrimônio pessoal destes sócios e os bens da sociedade há o benefício de ordem fixado pelo art. 1.024 do Código Civil[107], o que caracteriza a subsidiariedade desta responsabilidade: *"Insolvente a sociedade, os sócios que respondem ilimitadamente pelas obrigações sociais serão chamados a atender aos credores. Essa responsabilidade é*

107 A única exceção à regra da subsidiariedade entre o patrimônio particular do sócio ilimitadamente responsável e a sociedade se refere aos sócios que, em uma sociedade em comum, tenham contratado por ela (art. 990 do Código Civil). Para maior abordagem da questão remetemos o leitor a outro trabalho de nossa autoria: *Joint Ventures: Contratos de Parceria Empresarial no Direito Brasileiro*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2005. P 58 e seg.

subisidiária, somente se colocando depois de caracterizada a insolvência".[108]

Não se deve, por outro lado, confundir a figura do sócio solidário (cujo patrimônio responde ilimitada e subsidiariamente pelos débitos sociais) aqui mencionada com as hipóteses em que os sócios, independentemente de sua responsabilidade pelos débitos da pessoa jurídica, possam ser chamados a honrar com seu patrimônio pessoal as dívidas sociais.

Situações como a referente ao passivo de natureza trabalhista da pessoa jurídica, que pode recair sobre o patrimônio pessoal dos sócios, não se confundem com a do sócio de responsabilidade ilimitada.

Também hipóteses como a dos artigos 135, III e 136 do Código Tributário Nacional (que comina aos sócios-administradores das pessoas jurídicas de direito privado, por substituição, a responsabilidade pelas dívidas tributárias da organização) e dos artigos. 50 do Código Civil de 2002 e art. 28 do Código de Defesa do Consumidor (que cuidam da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade) são casos de responsabilidade pessoal de sócio por débito social, mas não exemplos de sócios solidários[109].

---

108 BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001. P 49.

109 *"Para aplicação da teoria da desconsideração é necessário que o ordenamento jurídico reconheça o instituto da personalidade jurídica e a limitação da responsabilidade."* (SILVA, Alexandre Couto. Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código Civil. In. RODRIGUES, Frederico Viana (coord). *Direito de Empresa no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 435)

Também não se incluem na definição de sócio ilimitadamente responsável pelas obrigações sociais aqueles que, na condição de administradores e por violação aos seus deveres funcionais causam, com dolo ou culpa, prejuízos à sociedade e se tornam suscetíveis de responderem civilmente pelos danos que provocaram à pessoa jurídica, aos sócios ou a terceiros.

O texto do art. 6º da Lei n. 11.101/05 contém ainda duas importantes exceções à regra geral de suspensão das ações e execuções judiciais contra o devedor em recuperação ou falência. Trata-se dos feitos nos quais se discutem direitos de natureza trabalhista - que transcorrerão no juízo especializado até que seja liquidado o valor demandado pelo empregado – e, também, das execuções fiscais, ressalvada, no caso destas últimas, a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.

O art. 6º par. 7º da Lei n. 11.101/05 deixa aberta a possibilidade do empresário em recuperação requerer o parcelamento de suas dívidas com as Fazendas Públicas e o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS). Estes requerimentos são feitos diretamente às entidades credoras e serão concedidos segundo as normas específicas (art. 68 da Lei n. 11.101/05 c/c art. 155 do Código Tributário Nacional).

O parcelamento acima referido suspende a exigibilidade da dívida (art. 151 do Código Tributário Nacional) e permite ao devedor a obtenção de certidões negativas de débitos tributários (art. 205 e 206 do Código Tributário

Nacional), as quais são requisitos essenciais para que, após aprovado o plano de recuperação, seja concedida a medida recuperatória (art. 57 da Lei n. 11.101/05).

Estas certidões negativas também serão concedidas caso o devedor tenha obtido moratória, realizado o depósito do montante devido, interposto reclamações ou recursos em processo administrativo tributário, obtido a concessão de liminar ou tutela antecipada em ações judiciais ou haja ocorrido a penhora de bens em execuções fiscais já em andamento (artigos 151 e 206 do Código Tributário Nacional).

III – Novação das obrigações

É o texto do art. 59 da Lei n. 11.101/05:

Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei.

Trata-se de dispositivo que contraria os termos da legislação anterior, que, em seu art. 148, dispunha expressamente que a concordata não produzia novação, não desonerava os coobrigados do devedor nem os fiadores deste ou os responsáveis por via de regresso.

"Comecemos por estabelecer que a novação importa em uma obrigação que, ao nascer, extingue outra preexistente, vale dizer: não há, aqui, mera alteração ou modificação dos seus elementos secundários. É mister a sua profundidade,

e o seu impacto sobre os essenciais, a ponto de operar a extinção dela e terminação do vínculo existente. Se se encarar exclusivamente a obrigação primitiva, tem se de admitir que ela desaparece, tal como ocorreria se houvesse pagamento. É por isso que a novação é colocada entre as causas extintivas da obrigação. No seu mecanismo, difere do pagamento. Enquanto este é a execução ou o cumprimento, e se realiza pela prestação do obrigado, satisfazendo-se o credor e liberando o devedor, a novação, que se apresenta como extinção sem pagamento, opera na verdade o desaparecimento do vínculo preexistente, mas, como não se efetua a prestação devida, outro vínculo obrigatório nasce, em substituição ao primeiro e, por esta razão, pode o mesmo credor continuar credor ou o mesmo devedor continuar devedor. Mas não da primitiva, porém de nova obrigação, criada com a novatio*. Será então certo dizer que ela é simultaneamente causa extintiva e causa geradora de obrigações."*[110]

A novação é classificada como subjetiva ou objetiva. Chama-se novação objetiva aquela que se refere ao objeto da obrigação em questão. Segundo o art. 360, I do Código Civil, verifica-se quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior.

Já a novação subjetiva ocorre com a substituição de uma das partes do vínculo obrigacional original. Verifica-se quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor (art. 360, II do Código Civil) ou quando,

110 PEREIRA. Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Vol – II*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1992. P. 160

em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este (art. 360, III do Código Civil).

A novação estabelecida pelo art. 59 da Lei n. 11.101/05 é, entretanto, limitada em seus efeitos. Em primeiro lugar, não abarca os coobrigados, fiadores e demais obrigados de regresso do empresário-devedor (art. 49 par. 1º). Assim, e ao contrário do que em princípio fixado, a novação advinda do deferimento de recuperação judicial não extingue completamente a obrigação original, que continua exigível dos coobrigados, fiadores e demais obrigados de regresso na totalidade das condições em que foi inicialmente constituída.

Por outro lado, a novação disciplinada pelo citado art. 59 não é, face ao disposto pelo art. 61 par. 2º da Lei. 11.101/05, causa de extinção da obrigação original sequer quanto ao empresário em recuperação, pois, se posteriormente decretada sua falência, os credores sujeitos ao processo recuperatório terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, sendo, por óbvio, deduzidos os valores eventualmente pagos no curso da recuperação fracassada e ressalvados os atos já praticados.

O art. 61 par. 2º submete a novação prevista pelo art. 59 a uma condição resolutiva. Operada a novação das dívidas, pela aprovação do plano de recuperação judicial e a sentença judicial que o acolha, tem-se que esta causa extintiva da obrigação inicialmente pactuada fica sujeita a

tornar-se sem efeito pela ocorrência de um evento futuro e incerto: a falência do empresário devedor.

"Se a nova obrigação for contraída sob condição resolutiva, produz-se desde logo a novação, podendo o credor pedir imediatamente o cumprimento da nova obrigação, devendo restituir o que recebeu no caso de realizar-se a condição, hipótese em que ficará restabelecida a obrigação anterior, salvo se o credor se sujeitou ao risco da condição, renunciando definitivamente a mesma obrigação."[111]

111 CARVALHO SANTOS, J.M de. *Código Civil Brasileiro Interpretado. Volume XIII*. 7ª edição. São Paulo: Livraria Freitas Bastos. 1955. pg. 157. A respeito da novação condicional veja-se o que diz, no mesmo sentido, Carvalho de Mendonça (CARVALHO DE MENDONÇA. M. I. *Doutrina e Prática das Obrigações. Tomo I.* 4ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1956. p. 596)

IV – Procedimento de verificação e habilitação de créditos

Embora ainda economicamente viável, a sociedade empresária (ou o empresário individual) em recuperação judicial encontra-se em situação de crise, com um passivo patrimonial que pode levá-la à total insolvência.

O requerimento da recuperação judicial vem então com o objetivo de exercer direta influência sobre os credores deste empresário, que ficam, a teor do art. 6º da Lei n. 11.101/05, temporariamente impedidos de exercer isoladamente seus direitos contra o devedor.

Por outro lado, é necessário que ocorram tanto a apuração do passivo patrimonial do empresário em recuperação ou falência – para que todos os interessados tenham ciência do montante das dívidas contraídas – e, também, que se viabilize a atuação conjunta dos credores no procedimento recuperatório ou falimentar. Para isto se prestam os mecanismos de habilitação e verificação de créditos.

Por habilitação deve-se entender o ato pelo qual o credor do empresário pleiteia o reconhecimento judicial de sua condição e sua submissão aos efeitos do processo de recuperação judicial ou falência. Tal pedido deve ser instruído com os documentos elencados pelo art. 9º da Lei n 11.101/05, abaixo tratados.

A verificação dos créditos será realizada, pelo administrador judicial, com base nos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor, bem como nos documentos que lhe forem apresentados pelos credores junto com a petição de habilitação no feito (art. 7º *caput*).

O administrador judicial, cujas atribuições conferem-lhe grande proximidade com as atividades e patrimônio do empresário em recuperação ou falência, tem a incumbência de examinar toda a documentação contábil (livros obrigatórios e facultativos), além dos demais documentos referentes ao exercício da empresa, para apurar o montante dos débitos acumulados pelo empresário, bem como a titularidade sobre cada um deles e sua natureza, sendo esta atribuição um dos motivos pelos quais o administrador judicial deve ser alguém com habilitação profissional na área jurídica e gerencial.

Dependendo do porte econômico ou da complexidade das atividades do empresário em recuperação ou falência, o exame dos documentos ora referidos pode tornar-se excessivamente custoso para ser realizado exclusivamente pelo administrador judicial, mesmo quando este é uma pessoa jurídica especializada. Nestes casos o administrador judicial poderá contar com o auxílio de escritórios ou profissionais de contabilidade, que serão contratados por ele, após autorização judicial.

A habilitação e verificação de créditos segue procedimento detalhadamente descrito pela Lei n. 11.101/05:

1º) Após deferir a petição inicial da recuperação judicial (art. 52 *caput*), dando início ao processamento do pedido, o juiz determina a realização de algumas providências, sendo uma delas a publicação, em órgão oficial de imprensa, do edital mencionado pelo art. 52 par. 1º da Lei n. 11.101/05[112].

A publicação deste edital fixa o termo inicial do prazo de 15 (quinze) dias durante o qual os credores que estejam sujeitos aos efeitos da recuperação judicial do devedor podem pleitear ao juízo a habilitação de seus créditos.

A petição de habilitação de crédito deve ser elaborada segundo os requisitos gerais da legislação processual civil e deverá conter as informações e indicações constantes do art. 9º da Lei n. 11.101/05, quais sejam:

I - o nome, o endereço do credor e o endereço em que receberá comunicação de qualquer ato do processo;

II - o valor do crédito, atualizado até a data da decretação da falência ou do pedido de recuperação judicial, sua origem e classificação;

III - os documentos comprobatórios do crédito e a indicação das demais provas a serem produzidas, exibidos necessariamente no original ou, no caso de estarem juntados em outro processo (uma execução singular, por exemplo) por cópias devidamente autenticadas.

IV - a indicação da garantia prestada pelo devedor, se houver, e o respectivo instrumento;

---

112 Na hipótese de falência, esta publicação é determinada na sentença que decreta a falência do empresário ou sociedade empresária (art. 99 da Lei n. 11.101/05).

V - a especificação do objeto da garantia que estiver na posse do credor.

A respeito destas indicações e documentos, há que ter especial atenção com a referência à origem do crédito habilitado, pois é necessário que o credor efetue tal declaração mesmo quando habilita títulos de crédito regidos pelo princípio da abstração: *"O Egrégio Superior Tribunal de Justiça tem sustentado a necessidade de indicação da origem do crédito sob essa mesma justificativa: dar segurança à massa e aos credores ou, ainda, por que é um meio fácil de controlar a legitimidade dos créditos, impondo a exclusão daquele credor que não explicar satisfatoriamente a causa ou a origem ou lhe atribuir causa diversa."*[113]

Durante o prazo de 15 (quinze) dias dado aos credores para habilitarem seus créditos, transcorre também o prazo para que estes mesmos credores possam apresentar suas divergências quanto aos créditos relacionados pelo edital do art. 52.

2º) Publicação da relação de credores do empresário em recuperação ou falência:

Encerrado o prazo de 15 (quinze) dias para que os credores possam apresentar suas habilitações ou divergências sobre os créditos alheios, este material, assim como os documentos contábeis, fiscais e mercantis

113 NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa. Vol. III.* São Paulo: Ed. Saraiva, 2004. P 342/343

do empresário devedor serão remetidos ao administrador judicial para que seja elaborada a relação de credores.

Esta relação consiste na enumeração de todos os credores cujas habilitações foram consideradas válidas, havendo referência a origem, montante e natureza dos créditos de cada um, devidamente ordenados segundo o disposto no art. 83 da Lei n. 11.101/05.

O parágrafo. 2º do art. 7º da Lei n.11.101/05 fixa prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, contado da data em que se encerra o prazo de habilitações, para que o administrador judicial providencie a divulgação da relação de credores em novo edital, a ser publicado em órgão oficial de imprensa.

3º) Impugnação de créditos na recuperação judicial de empresas e falência:

Divulgada, por edital, a relação de credores elaborada pelo administrador judicial, qualquer credor, o empresário devedor, seus sócios ou o Ministério público poderão impugnar os dados constantes desta relação no prazo de 10 (dez) dias, contados da data da publicação da relação.

Conforme determina o art. 13 da Lei n. 11.101/05, a impugnação será dirigida ao juiz da recuperação ou falência, por meio de petição instruída com os documentos que tiver o impugnante, ao qual cabe ainda indicar as outras provas que pretende produzir.

Como a impugnação em análise tem por objetivo desconstituir a habilitação de crédito realizada por outro credor, pode ela versar sobre a legitimidade, importância ou ordem de classificação do crédito impugnado, bem

como relacionar-se à ausência de direito de crédito ou sua incompletude.

O impugnante deve instruir a petição de impugnação com recibos de pagamento ou qualquer outra forma de extinção das obrigações (ex: compensação), documentos que comprovem a falta de liquidez ou exigibilidade do crédito habilitado ou uma pendência judicial em torno do mesmo, falta de comprovação da origem do título de crédito ou quaisquer outras causas que possam comprometer a existência, validade ou exigibilidade do crédito impugnado, podendo ainda indicar diligências como perícias nos livros contábeis próprios ou do devedor.

"Em se tratando de título abstrato, como o cheque, o impugnante dever trazer indícios de desrespeito à ordem jurídica, ou, sendo o devedor, alegar a falta de causa, sob pensa de se ter por descabida a impugnação."[114]

Cada impugnação é autuada de forma autônoma, em separado (excetuadas as que versem sobre um mesmo crédito) e será processada na forma dos artigos 11 e seguintes da Lei n. 11.101/05, os quais são abaixo tratados:

1 - Os credores cujos créditos forem impugnados serão intimados para contestar a impugnação no prazo de 5 (cinco) dias, devendo juntar os documentos que tiverem e indicar outras provas que reputem necessárias (art. 11);

114 NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa. Vol. III...* ob. cit. P. 342/343

2 - Transcorrido o prazo do art. 11, o devedor e o Comitê de Credores - se houver - serão intimados para se manifestar sobre a habilitação impugnada, a impugnação e sua respectiva contestação, no prazo comum de 5 (cinco) dias (art. 12);

3 - Findo o prazo a que se refere o art. 12 *caput,* o administrador judicial será intimado para emitir parecer no prazo de 5 (cinco) dias, devendo juntar à sua manifestação o laudo elaborado pelo profissional ou empresa especializada, se for o caso, e todas as informações existentes nos livros fiscais e demais documentos do devedor acerca do crédito objeto da impugnação, conste ele ou não da relação de credores já elaborada (art. 12 par. único);

4 - Transcorridos os prazos previstos nos artigos 11 e 12, os autos de impugnação serão conclusos ao juiz (art. 15) que:

I - determinará a inclusão no quadro-geral de credores, pelo valor constante da relação de credores tratada no § 2º do art. 7º, das habilitações de créditos não impugnadas;

II - julgará as impugnações que entender suficientemente esclarecidas pelas alegações e provas apresentadas pelas partes, mencionando, de cada crédito, o valor e a classificação;

III - fixará, em cada uma das restantes impugnações, os aspectos controvertidos e decidirá as questões processuais pendentes;

IV - determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário;

V - determinará, para fins de rateio, a reserva de valor para satisfação do crédito impugnado (art. 16)

5 – Da decisão judicial supra mencionada a parte vencida poderá recorrer mediante agravo (art. 17), cabendo ao relator do recurso no Tribunal o poder de conceder ou não efeito suspensivo à decisão que reconhece o crédito, de determinar a inscrição ou modificação do seu valor ou a sua classificação no quadro-geral de credores, para fins de exercício de direito de voto em assembleia geral.

V – A Consolidação do quadro geral de credores

Após publicada a relação de credores do art. 7º par. 2º e processadas e julgadas todas as habilitações e impugnações de créditos dela decorrentes, cabe ao administrador judicial a consolidação do quadro geral de credores (art. 18), o qual será remetido ao juiz, para homologação.

O quadro geral de credores mencionará a importância e a classificação de cada crédito na data do requerimento da recuperação judicial ou falência e deve ser juntado aos autos do processo e publicado no órgão oficial de imprensa no prazo de 5 (cinco) dias, contado da data da sentença que houver julgado as impugnações de créditos.

O art. 14 dispensa esta publicação quando não houver estas impugnações.

Trata-se de decorrência natural de todos os atos de verificação do passivo patrimonial do empresário em recuperação ou falência. Tal verificação inicia-se com o trabalho do administrador judicial, que elabora a relação de credores a partir dos livros contábeis e demais documentos do devedor, bem como das informações prestadas pelo empresário, quando do requerimento de sua recuperação ou decretação da falência.

Seguem as habilitações de crédito promovidas pelos interessados, bem como as impugnações aos créditos alheios. Julgados estes incidentes, o administrador tem condições de consolidar definitivamente a situação do passivo patrimonial do empresário em recuperação, ordenando seus credores conforme o disposto no art. 83 da Lei n. 11.101/05.

VI – Habilitações de crédito retardatárias

Nos dias atuais, marcados por fácil, rápida e intensa comunicação, a atividade empresarial aproxima indivíduos fisicamente separados por grandes distâncias. Há que se considerar, porém, que alguns credores são menos diligentes que outros na cobrança de seus créditos. Assim, é possível que alguns credores do empresário requerente da recuperação percam o prazo para se habilitarem (art. 7º parágrafo. 1º).

A inobservância do prazo para habilitação não pode, entretanto, redundar em comprometimento do direito do credor ao recebimento de seu crédito. Se assim fosse, o descuido do credor em habilitar-se no procedimento de falência ou recuperação judicial de seu devedor teria efeito extintivo sobre a obrigação constituída.

Por outro lado, o procedimento de recuperação ou falência não pode ficar aguardando indefinidamente até que todos os credores do empresário venham apresentar suas devidas habilitações.

Neste caso, haveria o risco de comprometer definitivamente, pelo passar do tempo, a crise econômico-financeira do empresário, que, ao contrário, carece, via de regra, de soluções emergenciais.

Diante destas constatações, a legislação procurou dar solução intermediária às circunstâncias acima. Assim, os credores que perderem o prazo para se habilitarem não terão comprometido seus direitos de crédito contra

o empresário, mas, por outro lado, o processamento da recuperação judicial ou falência não ficará aguardando por eles.

São chamadas de habilitações retardatárias aquelas apresentadas após o encerramento do prazo de 15 (quinze) dias fixado pelo art. 7º par. 1º da Lei n. 11.101/05.

Tais habilitações são dirigidas ao juízo no qual se processa a recuperação ou falência e devem ser formalizadas com os mesmos requisitos de uma habilitação tempestivamente apresentada.

As habilitações de crédito retardatárias efetuadas antes da homologação do quadro geral de credores serão recebidas como impugnação (artigos 13 a 15). Assim, se admitidas tais habilitações, não há comprometimento dos direitos de seus titulares durante o transcurso da recuperação judicial ou falência.

Diferente será a situação daquelas habilitações retardatárias efetivadas após a homologação do quadro geral de credores.

Isto porque a homologação do quadro geral de credores tem por objetivo básico consolidar a situação do passivo patrimonial do empresário sujeito à recuperação ou falência.

É uma forma de permitir aos envolvidos no procedimento uma visão mais ou menos segura do montante e da natureza dos débitos do empresário em recuperação ou falência. Visa ainda fixar as pessoas dos credores, de modo que possam, a partir deste momento, exercer os direitos

que a legislação lhes confere na recuperação ou falência do devedor.

Assim, os credores que se habilitarem com tal atraso terão que requerer ao juízo da recuperação judicial ou falência, por meio do procedimento comum da legislação processual civil, a retificação do quadro geral e inclusão do respectivo crédito.

Esta ação tem por objetivo demonstrar a existência, quantidade e exigibilidade do crédito contra o empresário em recuperação ou falência para que se faça, após o trânsito em julgado do feito, a retificação do quadro geral já elaborado.

Além disso, os credores retardatários ficam impedidos de votar nas deliberações da assembleia geral de credores, já que seus participantes são exatamente as pessoas elencadas no quadro geral de credores. Exceção a esta previsão se aplica aos créditos de natureza trabalhista, que, uma vez mais, são tratados de forma específica.

Por fim, cumpre ressalvar que o administrador judicial, o Comitê, qualquer credor ou o representante do Ministério Público poderá, até o encerramento da recuperação judicial ou falência pedir, através de ação própria, a exclusão, reclassificação ou retificação de qualquer crédito nos casos de descoberta de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou, ainda, documentos ignorados na época do julgamento do crédito ou da inclusão no quadro-geral de credores (art.19).

O agora revogado Dec. Lei n. 7.661/45 trazia disposição semelhante em seu artigo 99. Tratam ambos de medidas destinadas a zelar pelos interesses dos legítimos credores do empresário em recuperação ou falência, já que procura evitar a possibilidade de que alguém venha a receber indevidamente.

Capítulo VI – A Assembleia Geral de credores e o Comitê de Credores em processos de recuperação judicial de empresas ou falência

O pagamento das obrigações pecuniárias assumidas pelo empresário deixou de ser, com o advento da recuperação de empresas, a principal preocupação da legislação concursal, que se propõe mais voltada à preservação da unidade produtiva.

Porém, a credibilidade que os fornecedores de crédito atribuem aos empresários é também fator de grande relevância para a manutenção da empresa.

Já foi salientado que o capital é um dos fatores de produção essenciais à própria constituição e exercício da empresa e que não se deve esperar que o empresário consiga bem exercer a atividade empresarial apenas com recursos financeiros próprios, oriundos do patrimônio de seus sócios. A confiança dos credores no recebimento de seus créditos e na eficácia da recuperação judicial é algo que deve ser observado pela legislação.

Em função disso, os credores de um empresário sujeito à recuperação judicial são contemplados não apenas com o direito de aprovar ou não o plano de recuperação judicial a ser implementado pelo empresário/devedor, mas também com o direito de interferir ao longo do procedimento judicial recuperatório.

No instituto da recuperação de empresas, tanto sob a forma judicial quanto extrajudicial, os credores podem, organizados em Assembleia e Comitê, acompanhar e mesmo interferir diretamente sobre a implementação do plano de recuperação da empresa, deixando de ser meros expectadores - como na antiga concordata - para serem agentes do procedimento judicial ou extrajudicial de recuperação.

Tanto a Assembleia quanto o Comitê de Credores são órgãos cujas finalidades, estrutura e disciplina legal aproximam-se significativamente de alguns órgãos já tradicionais em direito societário. Por isso, a análise destes institutos do direito concursal pode (e deve) pautar-se por referências às sociedades anônimas, remissões estas que ajudam a compreensão da Assembleia Geral e do Comitê de Credores, além de servirem de subsídios para sua aplicação prática.

A celeridade é um elemento fundamental para a eficiência não apenas da falência, como fixa o art. 76 da Lei n. 11.101/05. Também na recuperação judicial de empresas este é um princípio que se afigura fundamental, tendo em vista a situação de crise econômico-financeira do empresário.

Quão mais formal e rígido for o procedimento recuperatório, mais demorado ele tenderá a ser e, neste sentido, é válido mesmo temer que a Assembleia Geral de Credores e o Comitê de Credores possam acarretar, se

empregados de forma ineficiente, significativa demora na efetivação do procedimento recuperatório.

Não se pretende, com isso, criticar a previsão legal detalhada sobre formalidades para a realização dos atos mais importantes do procedimento de recuperação de empresas. Pelo contrário, estas formalidades são garantias instituídas pela legislação com o objetivo de assegurar a todos os interessados – no caso os credores – o acesso igualitário às informações e direitos que lhe são conferidos pela legislação. O que preocupa não é a rigidez da lei, mas a possibilidade de que esta rigidez e formalismo venham a significar um excessivo apego à forma em detrimento da eficiência.

Muitíssimo parecida, quanto às formalidades inerentes a sua realização, com as Assembleias gerais de sócios (em especial a de acionistas), a Assembleia geral de credores encontra-se disciplinada pelos artigos 35 a 46 da Lei n. 11.101/05 e desperta questionamentos entre a doutrina: *"A grande preocupação, que resulta do retorno dessa modalidade de atuação dos credores, é quanto à mecânica de funcionamento da assembleia, principalmente quando houver uma numerosa quantidade de credores. Sabe-se que, em simples reuniões condominiais, onde o jogo de interesse existe, há, nos repertórios jurisprudenciais, um volume enorme de decisões, a revelar a existência de um número grandioso de litígios advindos dessas reuniões. No caso da Assembleia de Credores, onde os interesses são individuais de cada credor que quer, quanto mais rápido, o pagamento de seu crédito, é*

de se prever reuniões tumultuadas, conflitantes e, conforme o número de participantes, de dificílima condução." [115]

Com base no Teorema de Coase, pode-se afirmar que as partes envolvidas em um conflito de interesses tendem natural e inexoravelmente a transacionar até que encontrem a solução mais eficiente para ambas. Este raciocínio aplica-se integralmente ao procedimento recuperatório.

Sócios, administradores, empregados, credores e demais fornecedores vão negociar até encontrarem a solução mais eficiente para a crise econômica da empresa. Cabe ao Direito diminuir os custos destas transações de maneira a facilitá-las ou mesmo torná-las viáveis.

É neste sentido a preocupação de que as várias formalidades estabelecidas tanto para a Assembleia geral de credores quanto para o Comitê, bem como a possível lentidão de suas decisões, decorrentes de eventual desinteresse de seus componentes, acabe por representar um significativo custo à livre e salutar transação entre credores e devedor.

A experiência estrangeira ensina que a preocupação aqui levantada não é infundada. Veja-se o que concluem David G. Epstein, Steve H. Nickles e James J. White sobre o funcionamento das diferentes modalidades de comitês em uma recuperação judicial de empresas, segundo a legislação norte americana: "*Tendo decifrado detalhadamente seus deveres legais, nos confessamos que o comitê* [órgão

115 MACHADO, Rubens Aprobatto. In: MACHADO, Rubens Aprobatto (coord.). *Comentários à Nova lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2005. P. 131.

análogo aos aqui analisados] *retém alguns dos mistérios das instituições de um romance de Kafka. Nós sabemos que eles são importantes, mas nós não os vemos trabalhando."*

Mais adiante os autores explicam melhor tal afirmação: "*Em muitos casos, o impacto do comitê não é claro. Em algumas falências supõe-se que o comitê desempenhe um papel ativo na elaboração do plano e determinando a performance provisória do devedor; em outras, suspeita-se que o comitê seja quase totalmente passivo e em poucos casos não deve haver comitê."* [116]

Cabe ao Poder Judiciário, e também aos próprios interessados na recuperação da empresa, zelar pelo emprego eficiente da Assembleia geral de credores e do Comitê de Credores, atentando para o fato de que os requisitos formais de ambos são garantias e não podem ser interpretadas ou empregadas de maneira a conduzir à inoperância ou lentidão.

---

116 *"Having spelled out the statutory duties in detail, we confess that the committee retains some of the mystery of the institutions in a Kafka novel. We know they are important but we do not see them at work." (...) "In many cases, the impact of the committee is not clear. In some bankruptcies one guesses the committee plays an active role in shaping the plan and determining the interim performance of the debtor; in other, one suspects the committee is almost totally passive and in smalls cases there may be no committee (...)."* EPSTEIN, David G. NICKLES, Steve H. WHITE, James J. *Bankruptcy*. St. Paul, Minn: West Publishing Co, 1993. p. 750. Tradução livre.

I – Assembleia Geral de Credores

O instituto da Assembleia geral de credores não é novo no direito falimentar brasileiro. Encontrava expressa acolhida pelo agora revogado Dec. Lei n. 7.661/45, que previa sua convocação e instalação para deliberar sobre a forma de realização do ativo do devedor falido (artigos. 122 e 123), competência que mantém na Lei n. 11.101/05 (art. 35, II).

Com a entrada em vigor da Lei n. 11.101/05 e o instituto da recuperação de empresas, a Assembleia geral de credores ganhou novas, numerosas e importantes atribuições decorrentes do supra salientado aumento no poder de interferência dos credores ao longo de todo o procedimento recuperatório.

A Assembleia geral de credores apresenta grande similitude, quanto às formalidades legais para sua realização válida, com a Assembleia geral de acionistas disciplinada pela Lei n. 6.404/76 e com a Assembleia de sócios quotistas, regida pelo Código Civil.

Não poderia ser diferente, posto que a finalidade de todos estes institutos é a mesma: agrupar um determinado grupo de pessoas com interesses em comum em relação à sociedade empresária.

Todas estas modalidades de Assembleias apresentam três níveis diferentes de formalidades a serem respeitadas, sendo de se notar que a inobservância de qualquer uma

delas acarreta, tanto para a Assembleia geral de sócios como para a Assembleia- geral de credores, a nulidade do ato e das deliberações ali tomadas.

Cumpre, vale repetir, atentar para o cumprimento destas formalidades sem deixar que elas acabem por acarretar a ineficiência da Assembleia e da própria recuperação.

I. 1 – Formalidades de convocação da Assembleia Geral de Credores

A primeira questão referente à convocação da Assembleia geral de credores em um procedimento de recuperação judicial de empresa diz respeito à pessoa ou grupo que pode ou deve convocá-la. Nos moldes do que ocorre no caso da Assembleia geral de acionistas, pode-se validamente separar entre legitimidade ordinária e extraordinária de convocação.

A chamada legitimidade ordinária remete àquela pessoa ou grupo que tem a obrigação legal de convocar a Assembleia geral de credores sempre que forem necessárias ou exigidas suas deliberações.

Assim como se dá na Assembleia geral de acionistas ou de quotistas, quem tem a legitimidade ordinária para convocar a Assembleia geral de credores tem a obrigação – e não a faculdade - de fazê-lo. É um dever que, segundo

o art. 36 da Lei n. 11.101/05, cumpre ao juiz da recuperação judicial ou falência.

Além da legitimidade ordinária há também, tanto no caso da Assembleia geral de acionistas ou quotistas quanto aqui, na Assembleia geral de credores, as hipóteses de legitimidade extraordinária para convocação.

Fala-se em legitimidade extraordinária quando se trata de hipóteses nas quais há a faculdade – e não a obrigação, como no caso da legitimidade ordinária – de se convocar (ou melhor, requerer que se convoque) a Assembleia geral, seja de sócios ou de credores.

Em se tratando de Assembleia geral de credores há, no art. 36 par. 2º da Lei n. 11.101/05, uma hipótese de legitimidade extraordinária atribuída aos credores que representem no mínimo 25% (vinte e cinco por cento) do valor total dos créditos de uma determinada classe.

Credores titulares deste mesmo montante (ou mais) de créditos contra o empresário em recuperação poderão também requerer a convocação da Assembleia geral de credores nos casos do par. 2º do art. 52, quais sejam: para a constituição do Comitê de Credores ou substituição de seus integrantes.

Cabe esclarecer que as classes a que se refere o citado artigo são as dispostas para fins de votação na Assembleia geral de credores, cuja fixação é feita pelo art. 41. Esta questão é apontada posto que a Lei n. 11.101/05 nem sempre se vale da mesma classificação dos credores.

É o caso, por exemplo, da classificação dos credores para fins de composição do Comitê (art. 26), que não os ordena da mesma maneira que são organizados para fins de participação e votação em Assembleia geral.

De lembrar apenas que em ambas as hipóteses os credores aqui mencionados não podem convocar diretamente a Assembleia geral de credores, cabendo-lhes tão somente requerer ao juiz da recuperação a realização de tal convocação.

Outras modalidades de legitimação extraordinária são a atribuída ao Comitê de Credores (art. 27, I, e) e ao administrador judicial (art. 22, I, g), que podem requerer ao juiz que convoque a assembleia geral de credores nos casos previstos em lei ou quanto julgarem pertinente sua oitiva.

Ainda no que tange à convocação da Assembleia geral de credores, cumpre tratar das exigências legais acerca do modo pelo qual deve ser convocada. Neste item, as já apontadas semelhanças com a Assembleia geral de acionistas (cujas formalidades de convocação estão expressas pelo artigo 124 da Lei n. 6.404/76) ou de quotistas (art. 1.072 do Código Civil) continuam evidentes, o que facilita em muito o trabalho do intérprete ou do aplicador da legislação concursal.

A Assembleia geral de credores será convocada por edital publicado no órgão oficial de imprensa do juízo onde transcorre o pedido e no qual são publicados os atos referentes à recuperação. O edital também será

obrigatoriamente divulgado em jornais de grande circulação nas localidades da sede e filiais do devedor.

Deve ser respeitada a antecedência mínima de 15 (quinze) dias entre a data da primeira destas publicações e a da realização do evento.

O edital de convocação deverá conter as seguintes informações:

I - local, data e hora da Assembleia em 1a (primeira) e em 2a (segunda) convocação, não podendo a 2ª (segunda) convocação ser realizada menos de 5 (cinco) dias depois da 1a (primeira);

II - a ordem do dia, que representa a enumeração taxativa dos assuntos a serem deliberados na oportunidade.

O respeito à ordem do dia é essencial à validade de uma assembleia como a ora tratada. Somente poderão ser apreciados pelos credores os assuntos e temas expressamente constantes da ordem do dia publicada. Esta limitação decorre da necessidade de que os participantes estejam previamente cientes dos assuntos a serem deliberados, de modo a eventualmente se organizarem sobre a forma como pretender votar.

Fran Martins analisou esta questão ao tratar da Assembleia geral de acionistas, em comentário inteiramente pertinente à Assembleia geral de credores: *"A ordem do dia constará de um resumo do que será tratado na assembleia, sendo condenável a indicação em termos gerais, como às vezes se procura fazer."*[117]

---

117 MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas. – Vol. II. Tomo 1*. 2ª

III - local onde os credores poderão, se for o caso, obter cópia do plano de recuperação judicial a ser submetido à deliberação da Assembleia. Obviamente, esta exigência há que ser cumprida apenas quando a Assembleia geral de credores tiver, entre os seus temas, a apreciação do plano de recuperação elaborado pelo devedor.

A data da realização da Assembleia Geral de credores que tiver por objeto a aprovação, modificação ou rejeição do plano de recuperação judicial não excederá 150 (cento e cinquenta) dias contados a partir do despacho judicial que admite o processamento do pedido do devedor (art. 56 parágrafo. 1º da Lei n. 11.101/05).

Tanto a Assembleia geral de acionistas quanto a de quotistas terão supridas as formalidades de convocação quando houver o comparecimento da unanimidade dos sócios. É o que dispõe o art. 124 par. 4º da Lei n. 6.404/76 e o art. 1.072 par. 2º do Código Civil. Trata-se de hipóteses nas quais o legislador, em atendimento à eficiência nos trabalhos, dispensa o cumprimento das formalidades de convocação.

"*O fundamento da dispensa de convocação é que somente os sócios têm interesse em conhecer com antecedência os assuntos a serem discutidos. Comparecendo todos os sócios ao conclave, presume o Código que concordaram com a omissão desse requisito legal. Tendo, com efeito, a convocação por objetivo proteger os interesses dos sócios, não há por que negar a validade e a eficácia da instalação*

edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984. P. 168.

do conclave se todos consentirem sobre a ordem do dia. E a presença da unanimidade dos acionistas dá segurança de que não serão atingidos os seus interesses."[118]

Dada sua similitude de funções com a Assembleia de acionistas e de quotistas, também a assembléia geral de credores em processos de recuperação judicial de empresas pode, por aplicação analógica, ter suas formalidades de convocação supridas na hipótese de comparecimento da unanimidade dos credores.

Além disso, não há empecilho à aplicação, por analogia, das demais hipóteses em que a Assembleia de quotistas tem supridas suas formalidades de convocação, quais sejam: pela manifestação escrita de todos os sócios declarando-se cientes do local, data, hora e ordem do dia ou pela decisão por escrito de todos os sócios sobre as matérias que seriam objeto da Assembleia (art. 1.072 par. 2º e 3º do Código Civil).

Negar-se a possibilidade dos credores suprirem as formalidades de convocação da Assembleia geral de credores pelo seu comparecimento unânime, pela declaração escrita de ciência da data, hora, local e ordem do dia ou pelo acordo antecipado, unânime e por escrito sobre as deliberações é impor às partes um alto e inexplicável custo à sua autonomia de transação.

Acolher tais possibilidades de supressão das formalidades, pelos fundamentos já apresentados, é,

118 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil – Vol. 13. Parte Especial: Do Direito da Empresa*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. P. 198.

ao contrário, extremamente importante para que se possam reduzir os custos que as formalidades inerentes à realização da Assembleia geral de credores acarretam para o andamento célere da recuperação judicial da empresa.

I. 2 – Formalidades de instalação da Assembleia geral de credores

Se o número de credores presentes for pouco significativo, em relação ao montante total dos débitos envolvidos na recuperação judicial, as decisões da Assembleia geral carecerão de legitimidade, já que tomadas por parcela reduzida dos interessados. A Assembleia geral de credores legitima suas decisões não pela forma como é convocada, mas pelo montante dos créditos que consegue reunir e orientar em uma determinada direção.

Uma vez convocada por quem de direito e segundo as exigências legalmente estabelecidas, a Assembleia geral de credores somente pode deliberar sobre os assuntos de sua competência se contar com um número de participantes cujos créditos sejam significativos o bastante para legitimar as decisões tomadas. Este quorum é fixado pela lei, também seguindo a orientação adotada em casos de Assembleia geral de sócios.

Trata-se da chamada formalidade de instalação, que se cumpre quando se constata, na Assembleia geral de credores devidamente convocada, a presença de credores

titulares de mais da metade dos créditos de cada classe, computados pelo valor de cada um (art. 37).

Vale chamar a atenção para o fato dos credores, no curso do procedimento de recuperação judicial do devedor, serem considerados de acordo com o valor do crédito de cada um.

Novamente inspirada pelas deliberações dos sócios em uma sociedade empresária, a Lei n. 11.101/05 considera, regra geral, o voto do credor, na Assembleia geral ora tratada, em exata proporção ao valor de seu crédito sujeito aos efeitos da recuperação do devedor.

Quanto maior for o valor do crédito de uma pessoa contra o empresário em recuperação judicial, mais este credor tem a perder ou ganhar com o procedimento, justificando-se que sua vontade tenha maior poder, entre os integrantes de uma determinada classe, que a de outros créditos de menor expressão financeira[119].

É no momento da instalação da Assembleia-geral que se apura o número de credores presentes e o montante dos direitos de cada um deles. Segundo o art. 37, devem estar presentes credores que detenham mais de 50 % (cinquenta por cento) dos créditos de cada uma das classes em que são organizados, para fins de participação e votação na assembleia, tais credores (art. 41).

Deste modo, pode ocorrer da unanimidade dos credores de todas as classes, menos uma, estarem

119 Exceção à apontada regra da proporcionalidade entre o voto do credor e o valor do seu crédito sujeito aos efeitos da recuperação em cada uma das classes está no art. 45, parágrafo 2º da Lei n. 11.101/05.

presentes e ainda assim a Assembleia geral não poder se instalar. Basta que daquela classe com credores ausentes não tenham comparecido o(os) titular de mais da metade dos créditos de tal natureza.

Há que se reconhecer que a mera declaração de alguém que se afirme credor do empresário em recuperação não pode servir como instrumento de legitimação de sua participação na Assembleia geral de credores. Ao contrário, é preciso ter controle sobre aqueles que, na condição de credores, poderão participar das votações.

Segundo o art. 39 da Lei n. 11.101/05, terão direito a voto na Assembleia geral de credores as pessoas arroladas no Quadro geral de credores de que trata seu art. 18.

Considerando, porém, que a Assembleia geral de credores pode se efetuar anteriormente à elaboração e publicação do Quadro geral de credores, o mesmo artigo 39 admite que, nesta hipótese, estarão legitimados a participar da Assembleia aqueles enumerados na relação de credores apresentada pelo administrador judicial (art. 7º, § 2º).

Em não tendo havido sequer esta providência, a legislação toma como referência a relação de credores apresentada pelo devedor quando do requerimento da recuperação judicial (artigos. 51, incisos III e IV do *caput*, 99, inciso III do caput, ou 105, inciso II do *caput*).

É possível que o credor participe da Assembleia geral ora tratada mesmo que não mencionado na relação de credores divulgada pelo empresário em recuperação ou pelo administrador judicial, na forma do art. 7º par. 2º.

Basta, para isso, que tenha providenciado sua habilitação até a data da realização da Assembleia ou que se trate de créditos admitidos ou alterados por decisão judicial. Porém, nestes casos não terão tais credores direito a voto e nem serão considerados para fins de verificação de quórum de instalação ou deliberação.

Não será deferido provimento liminar, de caráter cautelar ou antecipatório dos efeitos da tutela, para a suspensão ou adiamento da Assembleia geral de credores em razão de pendência de discussão acerca da existência, da quantificação ou da classificação de créditos (art. 40).

O credor não precisa comparecer pessoalmente à Assembleia geral. A Lei n. 11.101/05 o autoriza a se fazer representar por mandatário ou representante legal, desde que entregue ao administrador judicial, até 24 (vinte e quatro) horas antes da data prevista no aviso de convocação, documento ou indicação comprobatória dos poderes de seu mandatário ou representante legal.

Outra hipótese de representação de credores é a referente aos sindicatos de trabalhadores (art. 37 parágrafos. 5º e 6º), que poderão representar, na ausência destes, seus associados quando estes forem titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho.

Se frustrada a formalidade de instalação pela insuficiência de presentes, frustra-se também, naquele momento, a possibilidade de realização da Assembleia geral de credores. Será então necessária a realização

da 2ª convocação, segundo as mesmas formalidades estabelecidas para a 1ª.

Em casos de 2a convocação da Assembleia geral de credores a legislação dispensa a presença de um número mínimo de credores ou do montante dos débitos do empresário em recuperação, para considerar legítima suas deliberações. Em 2a convocação estão suprimidas, deste modo, as formalidades de instalação.

Justifica-se tal orientação posto que a legitimidade dada por uma participação significativa de credores na Assembleia geral não pode fazer com que, em virtude da ausência e desinteresse deles, restem frustradas várias convocações e, via de consequência, fiquem pendentes as decisões a serem tomadas, o que aumenta muito a ineficiência de todo o procedimento recuperatório.

Uma vez devidamente instalada, a Assembleia geral de credores será presidida pelo Administrador Judicial. Quando, porém, essa Assembleia tiver por objeto deliberar sobre o afastamento do Administrador Judicial ou a respeito de qualquer outra matéria que conflite como os interesses dele, a presidência dos trabalhos será designada ao credor que, entre os presentes, seja titular do crédito de maior valor (art. 37).

I. 3 - Formalidades de deliberação da Assembleia Geral de Credores

Uma vez devidamente convocada e instalada, a Assembleia geral de credores está apta a deliberar sobre as questões de sua competência, aprovando ou não os assuntos que lhe forem submetidos.

A Assembleia geral de credores segue os mesmos princípios das deliberações societárias no direito brasileiro, e aqui deixa clara, mais uma vez, sua aproximação com as assembleias de sócios.

Em uma sociedade empresária, as decisões em assembleia são tomadas, pelos sócios, segundo a denominada maioria de capital. O voto de cada sócio é proporcional à sua participação no capital social. Quanto maior o número de quotas ou ações de um sócio, maior será o peso de seu voto.

Tal orientação justifica-se tendo em vista que quanto maior o número de quotas ou ações de um sócio, maior foi a sua contribuição para a constituição do patrimônio da sociedade empresária e maior é o risco por ele assumido no empreendimento. Assim, nada mais lógico que sua vontade seja proporcional à sua participação no acervo da pessoa jurídica.

Na Assembleia geral de credores, cada um deles tem seu direito a voto proporcional ao valor do crédito que tenham contra o empresário/devedor (art. 38). Quanto maior for o crédito que tenha submetido aos efeitos da recuperação

judicial, maior será o interesse do credor no procedimento e, por consequência, maior deve ser seu direito de impor sua vontade na Assembleia.

Para fins de deliberarem sobre os assuntos de competência da Assembleia, os credores são legalmente organizados em diferentes classes, conforme a natureza dos seus direitos contra o empresário em recuperação (art. 41).

I – Titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho.

Os credores desta categoria terão seu voto contabilizado, nesta classe, pelo valor total do crédito dos quais sejam titulares contra o empresário em recuperação (art. 41 par. 1º), embora o art. 83 da Lei n. 11.101/05 estipule, para fins de classificação em processos de falência, que os créditos decorrentes da legislação trabalhista excedentes a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos serão tomados por quirografários.

Vale também ressaltar que os credores desta classe votam, nas deliberações sobre o plano de recuperação, segundo o critério da maioria simples de credores presentes, contados, portanto, *per capita* e não segundo o montante dos créditos de cada um deles (art. 45, parágrafo 2º).

II – Titulares de créditos com garantia real

São modalidades de garantia real previstas no direito brasileiro o penhor (artigos. 1.431 a 1.472 do Código Civil), a hipoteca (artigos. 1.473 a 1.505 do Código Civil), a anticrese

(artigos. 1.506 a 1.510 do Código Civil) e a propriedade fiduciária (artigos. 1.361 a 1.368 do Código Civil).

De todas estas, as que interessam aqui são apenas as duas primeiras modalidades, posto estar a anticrese praticamente abandonada e a propriedade fiduciária não se sujeitar aos efeitos da recuperação judicial de empresas, motivo pelo qual o proprietário fiduciário não tem direito a participar da Assembleia em questão.

Deste modo, entram nesta segunda categoria de participantes da Assembleia geral de credores apenas os credores pignoratícios e hipotecários do empresário requerente da recuperação judicial.

Estes credores têm seu voto computado, na classe dos credores com garantia real, pelo limite do valor do bem gravado pelo ônus real (art. 41 par. 2º).

Assim, se a hipoteca recai sobre um bem imóvel do devedor avaliado em, por exemplo R$ 500.000,00 o credor hipotecário terá seu voto computado, como integrante da classe em análise, por este valor, ainda que o crédito garantido exceda este montante. A diferença entre o valor da dívida e o do bem móvel ou imóvel que a esteja garantindo será computada entre os votos dos credores quirografários.

Assim se, no caso citado, a dívida garantida pela hipoteca for de R$ 1.000.000,00 e o bem imóvel dado em garantia vale, como dito, R$ 500.000,00, o voto deste credor será computado da seguinte forma: R$ 500.000,00 entre os credores com garantia real (valor do bem gravado pelo ônus real) e R$ 500.000,00 entre os credores quirografários

(diferença entre o valor da dívida e o valor do bem dado em garantia).

III – Titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados.

Dispõe o art. 83 da Lei n. 11.101/05 que os créditos com privilégio especial são aqueles elencados pelo art. 964 do Código Civil, enquanto os créditos com privilégio geral são estabelecidos pelo art. 965 do mesmo Código.

Já os créditos de natureza quirografária são os que não se encontrem abarcados pelas demais categorias, além dos saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento, já analisados no item anterior.[120]

São chamados de créditos subordinados aqueles que, em um concurso de credores, são colocados abaixo dos de natureza quirografária e que ficam acima apenas dos direitos dos sócios da sociedade empresária devedora. A única modalidade expressamente disciplinada em lei de créditos desta natureza são as debêntures subordinadas (art. 58, par. 4º da Lei n. 6.404/76).

IV – Titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte

120 O art. 83 elenca ainda como de natureza quirografária os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos. Como já lembrado, esta ressalva não se aplica à participação em Assembleia geral de credores, tendo em vista o disposto pelo art. 41 par. 1º da Lei n. 11.101/05.

Esta quarta e última classe de credores, para fins de composição de Assembleia geral, foi criada por força da Lei Complementar n. 147, de 2014.

Causa certa estranheza o fato de tal classe ter sua composição definida não pela natureza dos créditos de seus participantes, mas pelo enquadramento deles na condição de microempresas ou empresas de pequeno porte.

Trata-se, portanto, de uma classe composta a partir de um determinado atributo pessoal e não com base na natureza dos créditos contra o empresário em recuperação, como empregado para a formação das demais classes componentes da Assembleia geral.

Também aqui a deliberação será tomada, quanto ao plano de recuperação judicial apresentado, segundo maioria simples de pessoas, no modo como já analisado para a classe dos créditos de natureza trabalhista (art. 45, par. 1º).

Fala-se em quórum de deliberação para referir-se ao número de adesões que uma deliberação da Assembleia geral de credores precisa para que seja reputada aprovada. Sobre o quórum de deliberação, diz o artigo 42 da Lei n. 11.101/05 que considerar-se-á aprovada a proposta que obtiver votos favoráveis de credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à Assembleia geral, independentemente da classe à qual pertençam.

Sobre as deliberações da Assembleia geral de credores é válido afirmar sua natureza jurídica unilateral, como bem ressalta Modesto Carvalhosa:

"Trata-se de um negócio jurídico unilateral, formado pela coincidência de vontades individuais que se fundem para expressar a vontade coletiva. Constitui, com efeito, um negócio unitário, porque emana de um colégio também unitário. (...)

Há uma pluralidade de manifestações paralelas que caracterizam um concurso de vontades.

Não é a deliberação do conclave um ato plurilateral, porque não há multiplicidade de vontades, mas várias vontades fusionadas ou unificadas.

Por outro lado, não são as deliberações do conclave contratos. Isto porque não existem interesses opostos."[121]

No caso de posterior invalidação de deliberação da Assembleia, ficam resguardados os direitos de terceiros de boa-fé, respondendo os credores que aprovarem a deliberação pelos prejuízos comprovados causados por dolo ou culpa.

Deve-se igualmente lembrar que os participantes de uma Assembleia geral de credores têm o direito de votar livremente no sentido que mais lhes pareça oportuno e conveniente.

Os credores podem empregar seu direito de voto como um instrumento de maximização de seus interesses, ou seja, embasar o exercício de seu direito de voto em uma análise econômica.

"As deliberações de assembleia, aliás, não precisam ser motivadas, sendo tomadas de acordo com critérios

121 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil – Vol. 13. Parte Especial: Do Direito da Empresa...* ob. cit. P. 194.

de conveniência ou oportunidade. Desde que tenham sido observadas todas as formalidades legais, e que não haja votos viciados decisivos para a formação da maioria, o conteúdo das deliberações escapa ao controle jurisdicional." [122]

O controle exercido judicialmente sobre as deliberações assembleares limita-se à verificação quanto ao respeito ou não dos requisitos formais. Não pode a autoridade judicial rever o conteúdo do voto dado pelo credor em Assembleia regularmente convocada e instalada.

Exceções ao quórum de deliberação do art. 42 são as votações sobre a composição do Comitê de Credores, a aprovação do plano de recuperação judicial ou sobre forma alternativa de realização do ativo em caso de falência, cujos quóruns são fixados respectivamente pelos artigos 44, 45 e 46 da Lei n. 11.101/05.

I. 4 - Atribuições da Assembleia Geral de Credores

A primeira e mais importante atribuição da Assembleia geral de Credores diz respeito ao poder de aprovar, rejeitar ou modificar o plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor.

Este plano de recuperação judicial, elaborado nos termos dos artigos. 53 e 54 da Lei n. 11.101/05, pode trazer, como se verá adiante, relevantes modificações nos direitos

122 FRANÇA, Erasmo Valadão A e N. IN: SOUZA JR, Francisco Satiro de. PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. P. 194.

dos próprios credores ou dos empregados da sociedade. Nada mais justificável, portanto, que se atribua a estes credores o poder de aprovar, modificar ou rejeitar tal plano, ainda mais se considerado que estão suspensos todos os procedimentos judiciais de cobrança individual contra o devedor em recuperação (art. 6º).

Mesmo nas hipóteses em que o plano de recuperação judicial preveja, como forma de recuperação da empresa, algum mecanismo ligado à administração da sociedade, ao estabelecimento, aos seus sócios ou mesmo à sua personalidade jurídica, justifica-se o poder aqui conferido aos credores pelo simples fato de que tais modificações certamente influirão na capacidade pagadora do empresário sujeito à recuperação.

Assim, o instituto da recuperação de empresas, embora orientado pela ideia publicista de preservação da organização econômica, assume também inegável natureza contratual ao exigir a adesão da vontade dos credores do empresário às medidas previstas pelo plano de recuperação.

Com base na permissão que já se estabelece para as Assembleias gerais de acionistas e com o objetivo de facilitar, pela redução dos custos de transação, a negociação entre os participantes da Assembleia geral de credores e o empresário em recuperação, é necessário reconhecer a possibilidade de se suspender a Assembleia geral de credores para que as partes possam considerar sobre as propostas e contrapropostas referentes ao plano.

A possibilidade de suspensão dos trabalhos da Assembleia geral de credores fundamenta-se tanto se submetida a uma análise estritamente jurídica quanto se enfocada à luz de sua eficiência econômica.

Adotada a perspectiva eminentemente jurídica de interpretação do ordenamento, deve-se reconhecer que a já demonstrada semelhança (na verdade quase igualdade) entre as Assembleias de sócios e a Assembleia geral de credores permite sejam invocadas, por analogia, as prerrogativas de uma à outra.

Já sob uma análise econômica, é inegável que a possibilidade de suspensão dos trabalhos da Assembleia geral de credores é um importante mecanismo de facilitação das transações entre os interessados, o que reduz os custos inerentes a tal negociação.

Do contrário se estará, mais uma vez, diante de um exemplo em que a legislação atravanca a negociação entre credores e devedor, em ação contrária às premissas de uma análise econômica do Direito.

Cumpre também à Assembleia geral de credores escolher, quando necessário, o gestor judicial e constituir o Comitê de Credores, bem como escolher e promover, nas hipóteses e formas legais, a substituição de seus integrantes.

Neste sentido a constatação de que "*a assembleia-geral de credores é um órgão hierarquicamente superior, que constitui dois outros órgãos, que igualmente agem em prol do interesse coletivo dos credores.*"[123]

123 FRANÇA, Erasmo Valadão A e N. IN: SOUZA JR, Francisco Satiro de. PITOMBO,

Outra atribuição da Assembleia geral de credores é deliberar sobre o pedido de desistência da ação de recuperação judicial.

Este pedido de desistência eventualmente apresentado pelo devedor será aprovado pela Assembleia geral de credores se alcançar o quorum de deliberação do art. 42, consubstanciado pela adesão de credores que sejam titulares de mais da metade do montante dos créditos submetidos à recuperação judicial, independentemente da classe.

Caso aprovado pela Assembleia geral de credores, este pedido de desistência implica na cessação de todos os efeitos da recuperação judicial, especialmente acarretando a retomada de todas as vias judiciais de exercício isolado dos direitos de crédito contra o devedor comum.

Por fim, diz a Lei n. 11.101/05 que a Assembleia geral de credores tem atribuições para deliberar sobre quaisquer outras matérias que possam, direta ou indiretamente, afetar o interesse dos credores.

Antônio Sérgio A de Moraes (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*... ob. cit. p. 189

A pandemia que assolou o mundo em 2020 provocou, no âmbito das Assembleias Gerais de Credores, importante adequação. A partir de março de 2020 começaram a ser deferidos pedidos para que estas Assembleias fossem realizadas de maneira virtual, ou seja, através de plataformas como Zoom, Microsoft Teams, Google Meet e outras.

Tendo em vista a admissão, pelo Código Civil e pela Lei n. 6.404/76, de tais formas de deliberação para as Assembleias ou Reuniões de Sócios, e dada a similitude entre estas e a Assembleia Geral de Credores, nada há que se opor à legalidade de tal inovação, desde que observados os mesmos requisitos e formalidades cabíveis, quanto ao assunto, nas deliberações societárias.

II - Comitê de Credores

Cumpre a qualquer uma das classes de credores participantes da Assembleia geral de credores deliberar e determinar seja constituído o Comitê de Credores (art. 26). Em havendo tal deliberação, a Assembleia geral deve escolher seus membros e promover, nas hipóteses e formas legais, a futura e eventual substituição de seus integrantes.

Nota-se que o Comitê de Credores é um órgão de existência facultativa em processos de falência ou

recuperação judicial de empresas, sendo suas atribuições conferidas, na hipótese de sua ausência, ao administrador judicial ou, em caso de incompatibilidade deste, ao juiz.

O Comitê de Credores será composto por 4 (quatro) representantes titulares: um da classe de credores trabalhistas, outro da classe de credores com garantia real ou com privilégios especiais, um terceiro da classe de credores quirografários e com privilégios gerais e, por fim, um representante da classe de credores composta por microempresas e empresas de pequeno porte. Cada classe elege ainda 02 (dois) suplentes para o seu representante titular.

Cada integrante do Comitê será escolhido pelos credores incluídos naquela classe, por maioria de votos, contabilizados estes segundo o valor do crédito de cada votante.

Vale questionar, neste sentido, se o representante eleito por uma determinada classe de credores deve necessariamente ser um deles ou se, ao contrário, admite-se que uma classe de credores se faça representar, no Comitê, por uma pessoa que não seja credora do empresário em recuperação ou que o seja por dívida de outra natureza.

As únicas vedações à participação no Comitê de Credores são as traçadas pelo art. 30, que em momento algum menciona que os integrantes do órgão ora em análise devem obrigatoriamente ser credores componentes da classe que representam.

O art. 26 também deixa explícito que a eleição de um representante para o Comitê de Credores é uma faculdade - e não uma obrigação - de cada uma das classes que o integram. Neste sentido, vem a questão: é possível que o Comitê conte apenas com o integrante titular - e seus respectivos suplentes - de uma das classes de credores?

O Comitê de Credores tem atribuições mais amplas e próximas do empresário/devedor que a Assembleia geral de credores. A massa de credores de um empresário é invariavelmente formada por indivíduos com diferentes perfis, objetivos e valores envolvidos, o que muitas vezes acarreta o desinteresse no acompanhamento da recuperação judicial. Assim, caberá ao Comitê acompanhar mais diretamente o procedimento recuperatório, zelando pelos interesses dos credores em geral.

"Mesmo sendo facultativa, a constituição do Comitê de Credores é uma das principais inovações introduzidas pelo legislador, que certamente visou uma participação mais ativa dos credores nos processos de recuperação judicial e falência. Na defesa de seu interesse maior, que é exatamente o recebimento do crédito, o credor poderá acompanhar mais de perto as atividades do devedor, a administração por ele desenvolvida, a efetiva utilização dos recursos financeiros e o cumprimento do plano de recuperação por ele proposto.

Em linhas gerais, ao Comitê de Credores compete, em conjunto com o administrador judicial, a fiscalização da gestão do devedor.

Se no sistema atual o Juiz é soberano nos destinos dos devedores concordatários, com a nova Lei de Recuperação e de Falências os credores passarão a ter maior participação em todo o processo, desde o seu nascedouro, principalmente no que se refere ao plano de recuperação cuja execução será fiscalizada diretamente pelo Comitê."[124]

Assim como no estudo da Assembleia geral de credores, também no presente tema o recurso ao direito societário – e mais especificamente ao instituto do Conselho de Administração – ajuda a compreender os motivos que levaram à adoção, pela Lei n. 11.101/05, do Comitê de Credores.

Nas sociedades anônimas, percebeu-se um grande abismo entre os sócios e os diretores. Aqueles somente tomavam alguma ciência das atividades sociais quando reunidos em Assembleia geral e estes, a seu turno, passavam a gerir o empreendimento sem qualquer fiscalização direta das pessoas ou grupos constituintes do patrimônio social.

Da necessidade de modificar tal realidade adveio a adoção do Conselho de Administração, criado expressamente a partir da Lei n. 6.404/76. Este órgão se propõe a ser uma "ponte" entre os diretores (que são os administradores por excelência) e os sócios da companhia.

Ao Conselho de Administração são conferidas decisões ao mesmo tempo muito importantes para serem decididas exclusivamente pelos diretores e urgentes

124 BERTASI, Maria Odete Duque. IN: MACHADO, Rubens Aprobatto (coord.). *Comentários à Nova lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2005. P. 131.

demais para aguardarem a realização de uma Assembleia geral de acionistas. Conselho de Administração é, portanto, órgão que legitima e fiscaliza os atos dos diretores[125].

Em situações de recuperação judicial os credores, como já lembrado, assumem posição central, enquanto grupo de interesses organizado em torno da empresa e da sociedade empresária. A Assembleia geral de credores é, neste sentido, o órgão adequado para colher suas deliberações sobre o futuro da sociedade empresária em recuperação.

Entretanto, percebe-se que também aqui há a necessidade de aproximar os credores do administrador judicial e da própria sociedade em recuperação. O Comitê de Credores é, neste sentido, órgão cuja criação atende a propósito muito similar ao do Conselho de Administração[126]. Representa a tentativa de promover um acompanhamento direto, por parte de representantes dos credores, das atividades do devedor em recuperação e do administrador judicial.

Outro ponto de contato entre a estrutura do Comitê de Credores e do Conselho de Administração das sociedades anônimas está no modo como funciona e delibera. Ambos

---

125 *"O conselho de administração, na estrutura orgânica da sociedade, coloca-se em posição intermédia entre a assembleia e a diretoria (...) Formando um colegiado, reúnem-se os conselheiros periodicamente, a fim de orientar, em termos gerais, os negócios da companhia, bem como para acompanhar e fiscalizar a atuação dos diretores."* (BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário...* ob. cit. P. 360)

126 Também há grande proximidade entre o Conselho de Administração da Lei das Sociedades Anônimas e o Comitê de Credores da Lei n. 11.101/05 quando analisados os deveres e a responsabilidade civil de ambos os órgãos.

são órgãos de deliberação colegiada, o que significa que seus integrantes somente exercem suas competências no interior do órgão.

Significa também que as decisões do Comitê de Credores são tomadas por maioria simples de seus integrantes, independentemente do valor do crédito de cada um (art. 27 par. 1º da Lei n. 11.101/05.

Ao Comitê de Credores são conferidas atribuições ao mesmo tempo importantes demais para não serem submetidas aos credores do empresário e, por outro lado, urgentes demais para aguardarem a realização de uma Assembleia geral de credores. É neste sentido a seguinte observação de Henrique Vaz Duarte, que escreve sobre a Comissão de Credores do Direito Português:

"A comissão de credores da área da recuperação nasceu com a entrada em vigor no nosso ordenamento do Decreto-Lei 177/86 de 2 de Julho, que criou o processo especial de recuperação da empresa e protecção aos credores, com um fim cumulativo de salvar a devedora e proteger os interesses dos credores. Daí a inteira necessidade de, para cumprir o segundo escopo do título, se criar um órgão próprio, agindo como comité e restrito a um conjunto de individualidades previamente seleccionadas e escolhidas pelo juiz do processo. A idéia será dar maior eficácia e rapidez nas actuações e decisões que, naturalmente, seria mais difícil de se concretizar com a totalidade de credores reunidos em assembléia." [127]

127 DUARTE, Henrique Vaz. *Questões sobre Recuperação e Falência*... ob. cit. 193

O art. 27 da Lei n. 11.101/05 elenca as atribuições do Comitê de Credores tanto nas hipóteses de recuperação judicial quanto de falência. Em síntese, são as seguintes:

1 – fiscalizar e tomar as contas do administrador judicial;

2 – fiscalizar as atividades do empresário em recuperação, sua administração e a execução do plano de recuperação, devendo apresentar relatório a cada 30 (trinta) dias;

3 – zelar pelo bom andamento do processo, pelo cumprimento da lei pelos legítimos interesses dos credores;

4 - submeter à autorização judicial, quando ocorrer o afastamento do devedor nas hipóteses previstas nesta Lei, a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e outras garantias, bem como atos de endividamento necessários à continuação da atividade empresarial durante o período que antecede a aprovação do plano de recuperação judicial.

"De maneira geral, autorizado o processamento da recuperação judicial, o devedor continuará à frente da empresa. Mas a Lei estabelece, no art. 64, hipóteses em que deverá ser afastado, momento em que nasce para o Comitê de Credores, se em funcionamento, a competência prevista nesta alínea, que deve ser submetida à prévia autorização do juiz. A solução adotada pelo legislador tem em vista a necessidade de se dar continuidade ao plano de recuperação da empresa e

com o objetivo de salvá-la, dentro da linha adotada pela nova lei."[128]

Esta atribuição do Comitê de Credores bem ilustra o acima salientado: trata-se de um órgão instituído para deliberar sobre questões relevantes demais para escaparem aos credores do empresário, mas, ao mesmo tempo, urgentes demais para aguardarem uma Assembleia geral.

Os credores devem ponderar sobre a conveniência de se constituir o Comitê de Credores, que somente se justifica se for efetivamente dedicado à direta fiscalização e legitimação das decisões do administrador judicial (em caso de falência) ou do devedor (na recuperação). Caso contrário, se constituirá apenas em mais um elemento burocrático a atrasar e tornar mais custosa a tentativa de reerguer a empresa.

128 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. IN: SOUZA JR, Francisco Satiro de. PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*... ob. cit. P. 182.

Capítulo VII – O administrador judicial e o plano de recuperação da empresa

I –Nomeação e perfil do Administrador Judicial

O Dec. Lei n.7.661/45 previa e disciplinava a atuação do síndico na falência e do comissário, na concordata. Tais órgãos foram extintos pela Lei n.11.101/05, que os substituiu pelo administrador judicial (artigos 21 a 25 da Lei n. 11.101/05).

A atual legislação condensou as antigas figuras do síndico e do comissário em uma única. O administrador judicial funcionará tanto em processos de recuperação de empresas quanto em falências. É certo, porém, que suas atribuições serão diferentes conforme se trate de uma ou outra situação.

É possível traçar um paralelo entre a atuação do extinto síndico e do atual administrador judicial, em processos falimentares. A atribuição fundamental e mais característica de ambos está na tomada da condução tanto das atividades negociais quanto do patrimônio do empresário falido, para destiná-los à liquidação e pagamento dos credores.

Uma vez decretada sua falência, o empresário será imediatamente retirado do controle e administração de sua empresa e patrimônio. A partir daí, cumprirá ao administrador judicial, assim como anteriormente se conferia ao síndico, tomar a gestão sobre o patrimônio do falido, não mais para

manter a empresa em funcionamento, mas sim para ultimar suas atividades e ratear seus bens entre os credores.

Também há um importante ponto de contato entre o comissário da antiga concordata e a participação do administrador judicial em processos de recuperação de empresas. Ambos foram instituídos com a função de diretamente acompanhar e fiscalizar as atividades e o patrimônio do concordatário ou do empresário em recuperação. Porém, e ao contrário do que se vê em relação à atuação do administrador judicial na falência, em processos de recuperação este último não assume a gestão ou o controle sobre a empresa ou patrimônio do devedor.

A essência do administrador judicial está em ser o braço técnico do juízo. É alguém com domínio da linguagem e dos conhecimentos administrativos, econômicos e contábeis necessários para, na recuperação, auxiliar o juiz na função de zelar pela legalidade e correção da conduta do empresário e, na falência, ser a pessoa com aptidão e disposição suficiente para assumir a própria direção da atividade empresarial a fim de empreender sua liquidação.

O administrador judicial é um órgão instituído para ser o principal auxiliar do juízo na condução do processo de falência ou recuperação de empresas, tendo em vista a impossibilidade material e técnica de se atribuir exclusivamente ao Poder Judiciário o ônus de dirigir tais processos tanto sob o aspecto de sua legalidade, quanto de sua viabilidade e correção econômica, contábil e administrativa.

Deste modo, o administrador judicial é uma pessoa que, por suas atribuições legais, deve apresentar inegável idoneidade pessoal, além de habilitação técnica e profissional para lidar com questões referentes a Contabilidade, Economia, Direito e Administração (art.21).

Também a idoneidade financeira[129] é exigida, dada a possibilidade de ter o administrador judicial que responder patrimonialmente pelos prejuízos que culposa ou dolosamente causar no exercício de suas competências (art. 32).

De lembrar também que, além de estar na condição de órgão auxiliar da Justiça – e, portanto, sob sua direta vigilância - as atividades do administrador judicial, em processos de recuperação de empresa ou falência, serão exercidas sob a fiscalização do Comitê de Credores, se existente.

É possível que as atribuições de administrador judicial sejam conferidas a uma pessoa jurídica especializada, constituída por profissionais com a habilitação pessoal, técnica e financeira exigida. Agrupando, dentre outros, os profissionais mencionados pelo art. 21 da Lei n. 11.101/05, esta pessoa jurídica apresentará o suporte contábil, administrativo, legal e econômico necessários ao bom desempenho dos encargos legalmente conferidos ao administrador judicial.

---

129 TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. In TOLEDO, Paulo F. C. Salles. ABRÃO, Carlos Henrique (org.) *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*... ob. cit. P. 46.

Em processos de recuperação judicial de empresas o administrador é nomeado pelo juiz responsável pela apreciação do pedido, no ato em que recebe e manda processar o requerimento formulado pelo devedor (art. 52, I).

Segundo a legislação revogada (Dec. Lei n. 7.661/45), a escolha do comissário na concordata, ou do síndico na falência, recairia prioritariamente sobre os credores do comerciante, ordenados segundo o montante de seus créditos.

O juiz da falência ou concordata somente podia indicar pessoa estranha ao quadro de credores após sucessivas recusas por parte daqueles (art. 60 do Dec. Lei n. 7.661/45).

A legislação vigente seguiu critério diferente e, sem dúvida, mais adequado. Em uma recuperação de empresas a função de administrador judicial pressupõe determinadas qualificações financeiras, técnicas e pessoais não necessariamente presentes entre os maiores credores do empresário.

Além disso, o administrador judicial deve acompanhar com diligência e constância as atividades negociais do empresário em recuperação judicial, o que lhe demanda tempo, dedicação e atenção muitas vezes inexigíveis dos credores, estes legitimamente mais preocupados com suas próprias atividades.

Se o administrador judicial nomeado for uma pessoa jurídica, a lei exige que uma pessoa física – seu representante

legal - assuma, mediante o termo do art. 33, o ônus de responder pelos atos praticados pela pessoa jurídica no exercício das atribuições de administrador judicial. A partir de então, este profissional responsável somente poderá ser substituído mediante expressa autorização do juiz do processo.

Há uma relevante dúvida quanto à amplitude deste termo de responsabilidade: seu signatário assume as consequências dos atos da pessoa jurídica apenas quanto às infrações penais eventualmente praticadas na condição de administrador judicial (art. 179 da Lei n. 11.101/05)?

Ou lhe será exigível que também arque, com seu patrimônio pessoal, pelas possíveis indenizações cíveis decorrentes de atos culposo ou dolosos praticados pela pessoa jurídica ocupante do posto de administrador judicial (art. 32)?

Embora mais correto, sob o ponto de vista técnico, que a pessoa jurídica (e não o seu representante legal) arque com os prejuízos patrimoniais eventualmente causados ao longo das atividades como administrador judicial, não é esta a posição mais fundamentada. O texto legal ora citado não estabeleceu qualquer ressalva ou exceção, o que, por consequência, veda pretender estipulá-las.

II – Atribuições legais do administrador judicial

Embora sua denominação faça pensar o contrário, é possível afirmar, com base nos artigos 22 e 64 da Lei n. 11.101/05, que o administrador judicial não pode interferir diretamente no modo pela qual se exerce, durante a implementação do plano de recuperação judicial, a gestão ou o controle sobre a empresa em dificuldades. Da mesma forma é vedado ao administrador judicial pretender intervir na forma pela qual sejam implementadas as medidas previstas no plano de recuperação adotado.

Neste aspecto a figura do administrador judicial guarda, como já lembrado, grande similitude com a do comissário, que, sob a égide do Dec. Lei n. 7.661/46, funcionava junto aos concordatários. A seguinte transcrição de Rubens Requião bem resume as funções do comissário na antiga concordata e pode ilustrar, com as atualizações inseridas, os limites à conduta do administrador judicial em uma recuperação judicial de empresa:

"Na concordata preventiva (recuperação de empresas) *ficará* ele (o empresário) *na gestão de sua empresa e na administração de seus bens sujeito apenas à fiscalização do comissário* (administrador judicial), *no que concerne à sua conduta pessoal. (...) Com se vê, o concordatário* (empresário em recuperação judicial), *na concordata preventiva* (recuperação judicial), *fica sob o controle fiscalizador do comissário* (administrador judicial), *mas não sofre nenhuma incapacidade*

ou restrição gerencial. O comissário (administrador judicial) *não deve imiscuir-se na administração da empresa."*[130]

O administrador judicial deve ter embasamento teórico e prático em Contabilidade, Administração, Economia e Direito não para colaborar ativamente na efetivação do plano de recuperação judicial da empresa, mas, ao contrário, para auxiliar aos credores e principalmente ao juízo falimentar na fiscalização do devido cumprimento das diretrizes e medidas traçadas pelo plano de recuperação.

É um profissional ou pessoa jurídica especializada que atuará também junto aos credores, facilitando, viabilizando ou mesmo efetivando a realização de uma série de medidas a serem tomadas em favor deles.

Neste sentido cabe ao administrador judicial, segundo o art. 22 da Lei, comunicar aos credores sujeitos à recuperação judicial, mediante correspondência, a data do pedido de recuperação; receber as habilitações e realizar a verificação dos créditos (nos termos do art. 7º); prestar quaisquer informações ou dar extrato nos livros contábeis do devedor a fim de que sirvam de fundamento em habilitações ou impugnações de créditos; fixar a natureza, valor e classificação de todos estes créditos; elaborar a relação de credores (art. 7º par. 2º) e consolidar o quadro geral de credores (art. 18) além de pedir a exclusão, reclassificação ou retificação de qualquer crédito (art. 19). Cabe-lhe também o acompanhamento dos atos praticados por estes mesmos credores no curso do processo de recuperação judicial.

130 REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar – Vol. II*... ob. cit. p. 36

"A Lei, como já se consignou, autoriza o administrador judicial a exigir, de qualquer credor, e do devedor ou seus administradores, informações de interesse do processo de recuperação ou da falência. Estará ele agindo em pleno exercício de seu munus, e essas pessoas estarão obrigadas a colaborar. Mas se, apesar disso, não o fizerem, poderá o administrador dirigir-se ao juiz da causa, e pleitear que sejam elas intimadas a comparecer em juízo, para serem interrogadas a respeito. Seus depoimentos, prestados na presença do administrador judicial, serão tomados por escrito e juntados aos autos. A intimação se fará 'sob pena de desobediência (art. 22 par. 2º)', o que serve para assegurar o respeito à determinação judicial, possibilitando, desse modo, o acesso à informação pretendida."[131]

Cumpre ainda ao administrador judicial requerer ao juiz que convoque a Assembleia Geral de Credores nos casos previstos em lei ou mesmo quando entender necessária a decisão deste órgão para legitimar algum de seus atos.

As medidas previstas no plano de recuperação apresentado pelo devedor como instrumentos de resgate da empresa em crise devem ser integral e tempestivamente implementadas. O administrador judicial tem, mais do que o juiz e mesmo que o Comitê de Credores, a função de aproximar-se do quotidiano da empresa em recuperação judicial para verificar como se está pondo em prática o plano de recuperação, não apenas sob o aspecto de sua legalidade

131 TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. In TOLEDO, Paulo F. C. Salles. ABRÃO, Carlos Henrique (org.) *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*... ob. cit. p. 61

mas também – e principalmente – sob a perspectiva de sua eficiência econômica.

Em consequência, caso o empresário descumpra total ou parcialmente alguma das obrigações previstas pelo plano de recuperação aprovado, ou negligencie o prazo para efetivá-las, cabe ao administrador judicial requerer ao juiz que convole o procedimento recuperatório em falência.

Como resultado destas atribuições, o administrador judicial deve apresentar ao juiz, para juntada aos autos da recuperação, relatório mensal no qual descreva pormenorizadamente as atividades negociais praticadas pelo empresário em recuperação. Deste relatório também constarão, em detalhes, quais as medidas implementadas, até aquele momento, como o objetivo de efetivar o plano de recuperação aprovado.

Não se confunda, entretanto, o relatório acima com o previsto pelo art. 63 n. III da Lei n. 11.101/05, que serve para atestar a conclusão das medidas previstas no plano de recuperação e é apresentado, pelo administrador judicial, no prazo máximo de 15 (quinze) dias contados da sentença que decrete o encerramento do processo de recuperação judicial da empresa.

Na falência, as atribuições do Administrador Judicial são severamente mais amplas e relevantes, pois a esta pessoa física ou jurídica caberá, entre outros, os deveres de arrecadação, avaliação e preservação dos bens e documentos do empresário, a representação judicial ou

extrajudicial dos interesses referentes a este patrimônio (art. 22 da Lei n. 11.101/05).

III – Gestor Judicial

Durante a implementação do plano de recuperação judicial da empresa é, em princípio, garantido ao empresário individual ou aos administradores e sócios da sociedade empresária, o direito de continuar exercendo suas funções, vedado apenas que sejam livremente alienados ou gravados os bens e direitos da sociedade (art.66).

A partir do momento em que se instaura a recuperação judicial, o objetivo dos administradores e sócios da sociedade em dificuldades passa a ser efetivar as medidas previstas pelo plano de recuperação aprovado pelos credores.

É exatamente para executar estas medidas que os administradores e sócios da sociedade em crise (ou o empresário individual, quando for o caso) continuarão a exercer suas funções na condução da atividade empresarial.

As alterações no quadro de sócios ou de administradores da sociedade que eventualmente sejam efetuadas após o deferimento da recuperação judicial não decorrem da simples instauração deste procedimento, mas da própria execução do plano de recuperação.

Assim se, no plano de recuperação judicial, estão previstas tais medidas, devem elas ser postas em prática

pelos administradores anteriores à instauração da recuperação.

Por outro lado, caso os meios estipulados no plano para a recuperação da empresa sejam de outra ordem que não a modificação na estrutura administrativa ou no quadro de sócios da sociedade devedora, estes continuarão no exercício de suas atividades e sujeitos à fiscalização do administrador judicial e do Comitê de Credores (art. 64).

Há, porém, hipóteses em que os administradores ou sócios do empreendimento em recuperação não devem, pelo simples deferimento ou transcurso da recuperação judicial, ser mantidos no exercício de suas atividades.

O art. 64 da Lei n. 11.101/05 enumera situações que comprometem a credibilidade pessoal dos administradores ou sócios da sociedade devedora[132] e, em conseqüência, depõem contra a presunção de boa-fé existente.

Assim, se qualquer dos sócios ou administradores da sociedade empresária devedora incorrerem em alguma das hipóteses enumeradas pelo art. 64, caberá ao juiz convocar a Assembleia Geral de Credores. Devidamente convocada e instalada, a Assembleia Geral de Credores elegerá o nome do gestor judicial, a pessoa física ou jurídica responsável, a partir de então, pela administração e/ou controle da sociedade empresária em recuperação (art. 65).

132 Embora o art. 64 se refira ao "devedor ou seus administradores" há que se considerar, na hipótese de sociedade empresária, que esta previsão legal se aplica também aos seus sócios, uma vez que a pessoa jurídica não pratica, ela mesma, nenhuma das condutas ali previstas.

O gestor judicial tem não apenas o poder, mas o dever de exercer todos os atos inerentes à administração (quando substitui os administradores) ou controle (quando vier a substituir os sócios) da sociedade em recuperação. Diferentemente do que ocorre em relação ao administrador judicial, o gestor judicial responderá, a partir do momento em que aceita suas funções, pela direta execução de todas as medidas previstas no plano de recuperação judicial da empresa.

Embora não se confunda com o administrador judicial, o gestor judicial aqui tratado submete-se, no que couber, às normas referentes aos deveres, impedimentos e remuneração daquele (art. 65). Portanto, deve ser uma pessoa física ou jurídica com inegável idoneidade pessoal e financeira, além de sólidos conhecimentos nas áreas de Economia, Direito, Administração e Ciências Contábeis.

Em sendo o gestor judicial a pessoa que responderá pela administração e/ou controle da sociedade empresária em recuperação, ele também está sujeito aos impedimentos legais existentes para aqueles que pretendam assumir a posição de administradores em sociedades empresárias, os quais se encontram elencados pelo art. 147 da Lei n. 6.404/76 e art. 1.011 do Código Civil.

IV – Das normas comuns ao administrador judicial, integrantes do Comitê de Credores e gestor judicial

O administrador judicial, o gestor judicial e os integrantes do Comitê de Credores estão sujeitos às mesmas normas, no que diz respeito aos seus impedimentos legais, renúncia, destituição, deveres e responsabilidade civil.

A Lei n. 11.101/05 agrupou em uma única categoria as causas de impedimento e de suspeição dos administradores judiciais, gestores judiciais e integrantes do Comitê de Credores.

São causas de impedimento as situações objetivas que comprometem a idoneidade profissional exigida da pessoa que exercerá as atividades ora comentadas. Segundo o art. 30 da Lei n. 11.101/05, são impedidos de ser administradores ou gestores judiciais e também integrantes de Comitê de Credores aquelas pessoas que, nos últimos 5 (cinco) anos, contados da data de sua indicação, tenham sido destituídas, deixado de prestar contas dentro dos prazos legais ou cujas contas foram desaprovadas no exercício do cargo de gestor, administrador judicial ou membro do Comitê de Credores em falência ou recuperação judicial anterior.

Há, entretanto, situações que, embora não comprometam a idoneidade pessoal ou profissional de quem se pretenda administrador judicial, gestor judicial ou integrante de Comitê de Credores, tornam inadequada sua participação em determinado processo de recuperação ou falência.

Desta forma, são igualmente inadmissíveis para as funções ora estudadas as pessoas que sejam amigas, inimigas, dependentes ou tenham relação de parentesco ou afinidade até o 3º (terceiro) grau com o devedor, seus administradores, controladores ou representantes legais (art. 30 par. 1º).

Nestas hipóteses, não se verifica qualquer circunstância que desabone o perfil do candidato. Há apenas uma incompatibilidade deste postulante com um determinado processo de recuperação ou falência, dada sua dependência ou relação afetiva com pessoas ligadas à sociedade empresária devedora. São circunstâncias que comprometem sua idônea e imparcial participação naquele determinado processo de recuperação ou falência, mas não em outros.

O devedor, qualquer credor ou o Ministério Público podem requerer ao juiz a substituição do gestor judicial, administrador judicial ou membro do Comitê de Credores nomeados em desobediência aos preceitos da Lei.

As pessoas indicadas para qualquer dos cargos aqui analisados atuarão, em princípio, até que se encerre o procedimento de recuperação judicial da empresa. É, entretanto, possível que, por uma série de motivos, seja necessário substituir algum ou alguns deles. Esta substituição pode ocorrer por renúncia ou destituição.

A renúncia corresponde à hipótese de substituição voluntária do administrador judicial, gestor judicial ou integrante do Comitê de Credores. Nas hipóteses de

renúncia, o ocupante de algum daqueles postos toma a iniciativa e manifesta sua vontade de não mais continuar a exercer suas atribuições no processo de falência ou recuperação de empresas.

Não há, na Lei n. 11.101/05, qualquer exigência de que a renúncia só possa se efetuar fundamentadamente. Assim, podem os ocupantes das funções aqui tratadas abdicar a qualquer momento e independentemente de justificativa – ou seja, imotivadamente – de suas atribuições. Neste sentido, é pertinente o paralelo com a situação dos administradores de sociedades empresárias, ressalvando-se apenas que a renúncia dos ocupantes dos órgãos da recuperação judicial de empresa deve ser encaminhada ao juiz do processo.

"A renúncia é ato unilateral do administrador e se aperfeiçoa com a simples recepção pela sociedade do documento escrito do renunciante, não dependendo de qualquer ato unilateral recíproco da sociedade para se tornar eficaz.

Trata-se de um direito do administrador renunciar a seu cargo a qualquer tempo, sem a necessidade de apontar a causa de sua renúncia."[133]

O administrador judicial ou o gestor judicial que renunciarem antes de encerradas suas atribuições no processo recuperatório ou falimentar terão direito a remuneração proporcional ao trabalho realizado. Se,

133 CARVALHOSA, Modesto (in) AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (coord.). *Comentários ao Código Civil – Vol. XIII*... ob. cit. p. 124

entretanto, renunciarem sem relevante razão (renúncia imotivada) eles perderão o direito de receber qualquer pagamento por suas atividades (art.24 par. 3º c/c art. 65 *caput*).

Já a destituição é a substituição compulsória do administrador judicial, gestor judicial ou dos integrantes do Comitê de Credores. Nas hipóteses de destituição, o ocupante de alguma destas funções será substituído não por sua própria vontade e impulso, como na renúncia, mas por iniciativa do juiz, do Ministério Público ou dos credores sujeitos ao processo recuperatório ou falimentar.

Ao contrário do que se verifica quanto à generalidade dos administradores de sociedades empresárias, o administrador judicial, gestor judicial ou membro do Comitê de Credores não são destituíveis *ad nutum*, ou seja, injustificadamente. A destituição é a consequência da violação aos deveres inerentes a cada uma destas funções no processo falimentar ou recuperatório e, por isso, somente pode ocorrer nestas hipóteses.

Note-se que ao explicitar as causas de destituição aplicáveis aos integrantes dos órgãos ora comentados, o art. 31 da Lei n. 11.101/05 nada mais faz do que enumerar os deveres fundamentais dos administradores de sociedades empresárias - diligência, obediência e lealdade - e cominar a destituição como sanção pelo seu descumprimento.

Assim, será destituído de suas funções no processo de recuperação de empresa ou falência o administrador

judicial, gestor judicial ou integrante do Comitê de Credores que culposa ou dolosamente:

1 - violar seu dever de obediência aos preceitos da Lei n. 11.101/05;

2 – violar seu dever de diligência, ao atuar de maneira omissa ou negligente;

3 – violar seu dever de lealdade, pela prática de ato lesivo às atividades do devedor ou a terceiros.

A Lei n. 11.101/05 faz referência expressa ainda à destituição do administrador judicial que não apresentar, no prazo estabelecido, suas contas ou qualquer dos relatórios estipulados.

O administrador judicial que deixa de tempestivamente entregar qualquer dos relatórios que lhe são exigidos será intimado pessoalmente a fazê-lo no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de ser responsabilizado por crime de desobediência e de ser destituído de suas funções pelo juiz, que nomeará substituto encarregado de organizar as contas e/ou elaborar os relatórios faltantes, além de explicitar as eventuais responsabilidades e faltas do antecessor (art. 23).

Outra similitude entre o regime jurídico dos administradores de sociedades empresárias e as normas comuns ao administrador judicial, gestor judicial e integrantes do Comitê de Credores está na responsabilidade civil decorrente de violação a seus deveres.

A Lei n. 11.101/05 exclui a responsabilidade pessoal de qualquer dos ocupantes dos órgãos mencionados acima,

pelos efeitos de atos regulares. Nesta hipótese, quem responde por eles é a sociedade em recuperação.

Fixa, entretanto, a responsabilidade pessoal, ilimitada e solidária pelos prejuízos decorrentes de atos praticados com culpa ou dolo, ainda que dentro de suas atribuições ou poderes, ou com violação da lei.[134]

Todos são legalmente obrigados a indenizar os prejuízos que venham a ocasionar à massa falida, ao empresário em recuperação ou falido, aos seus credores ou a qualquer outro envolvido no processo recuperatório ou falimentar (art. 32).

Tal indenização alcança ilimitadamente o patrimônio do responsável, mas exige a prova de que a conduta lesiva ocorreu de modo culposo ou doloso: *"A adoção da culpa como fundamento da responsabilidade civil torna mais difícil a aplicação dos preceitos legais a esta relativos, bem como a responsabilização concreta. O juiz, preso à idéia de culpa, não consegue escapar de uma inevitável dose de subjetivismo, que o amedronta e assombra."*[135]

O administrador judicial e o gestor judicial, se existente, têm direito a remuneração pelo trabalho desempenhado, a qual deve ser paga às custas do empresário sujeito à recuperação (art.25) e será fixada pelo juiz levando-se em consideração as circunstâncias e limites do art. 24 da Lei n. 11.101/05, quais sejam:

---

134 LAMY FILHO, Alfredo. BULHÕES PEDREIRA, José Luis. *A Lei das S. A – Vol. II*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1996. P. 405.

135 CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *O acionista minoritário no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1994. P. 109.

1 - a capacidade de pagamento do devedor;

2 - o grau de complexidade do trabalho;

3 - os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes;

4 - o limite de 5% (cinco por cento) do valor total devido aos credores submetidos à recuperação judicial ou do valor da venda dos bens do falido.

V – Plano de recuperação judicial da empresa: elaboração, conteúdo e aprovação

A recuperação de uma empresa em crise econômico-financeira certamente está entre os institutos jurídicos mais dependentes da coordenação de esforços entre profissionais de diferentes áreas. O auxílio de pessoas ligadas à Administração de empresas, Contabilidade e Economia é de imprescindível valia na realização de uma tarefa que está longe de se esgotar nas previsões legais.

Ao jurista cumpre balizar o trabalho dos profissionais de outras áreas, tornando de conhecimento deles quais são os interesses a serem respeitados na recuperação da empresa e os limites e exigências estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

É apenas com o trabalho harmônico – e com a indispensável cooperação de sócios, empregados, credores e Poder Público – que se pode viabilizar a recuperação de uma empresa.

Uma vez que o empresário reconheça a sua situação de crise econômico-financeira e recorra ao Poder Judiciário para procurar manter em funcionamento sua unidade econômica, ele deve ter bem claras e detalhadas quais são as medidas que pretende tomar para recuperar-se. O empresário precisa, enfim, de um plano de recuperação: *"Desenvolver um plano de reorganização requer do devedor que avalie sua situação financeira corrente e recursos, determine as mudanças e recursos necessários à condução de suas operações futuras em uma base lucrativa e reconcilie estes itens com as demandas dos credores. (...) A reorganização é um processo de negociação, acomodação e compromisso, levado adiante em sua maior parte fora da sala de audiências."*[136]

Há uma série de institutos com efeitos de caráter administrativo, econômico, contratual e patrimonial que o empresário pode adotar como ferramentas para tentar viabilizar a recuperação de sua empresa. Trata-se de instrumentos jurídicos destinados ao saneamento da crise econômico-financeira da empresa.

Eles são escolhidos pelo empresário em crise e formalizados em um documento a ser submetido à aprovação ou não de seus credores. Este documento é chamado plano de recuperação da empresa e dele constam obrigatoriamente os seguintes elementos:

---

136 "*Developing a plan of reorganization requires the debtor to evaluate its current financial situation and resources, determine the changes and resources necessary to conduct future operations on a profit-making basis, and reconcile these items with creditors demands. (...) Reorganization is a process of negotiation, accommodation and compromise, carried on for the most part outside the courtroom.*" EPSTEIN, David G. NICKLES, Steve H. WHITE, James J. *Bankruptcy*... ob. cit. p. 756. Tradução livre.

1) discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados.

Trata-se do ponto central deste documento. Cabe ao plano de recuperação judicial explicitar de maneira completa e detalhada quais os instrumentos jurídicos que se pretende empregar para reerguer a empresa em crise. O art. 50 da Lei n. 11.101/05 traz enumeração exemplificativa destas ferramentas:

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

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

III - alteração do controle societário;

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

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

VI - aumento de capital social;

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

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

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

X - constituição de sociedade de credores;

XI - venda parcial dos bens;

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

XIII - usufruto da empresa;

XIV - administração compartilhada;

XV - emissão de valores mobiliários;

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

O plano de recuperação não está limitado apenas aos institutos do art. 50. Ao contrário, pode livremente estabelecer outros mecanismos jurídicos de saneamento econômico-financeiro da empresa ou combinar diferentes medidas recuperatórias, estejam elas ou não entre as elencadas pelo art. 50.

"O plano de recuperação judicial tem o objetivo de possibilitar a recuperação de empresas com dificuldades de ordem financeira, que possam ser superadas mediante o planejamento de suas operações e a negociação de débitos com seus credores.

O plano deve permitir que a empresa tenha condições de melhorar sua rentabilidade e a capacidade de geração de caixa, para possibilitar a continuidade das operações e volte a operar normalmente, após o cumprimento das providências previstas. Ou seja, o plano não é apenas um conjunto de ações de curto prazo para dar uma sobrevida à empresa, mas sim, um planejamento de reestruturação sustentado." [137]

Há instrumentos de recuperação da empresa que se limitam a procurar aperfeiçoar o modo pelo qual o empreendimento é administrado. Busca-se, nestas modalidades, alterar a estrutura administrativa da sociedade empresária para aprimorar suas atividades e organização.

Podem os instrumentos usados para recuperar a empresa limitar-se a modificar os direitos de terceiros contra o empresário-devedor. A recuperação, nesta hipótese, se viabiliza por meio de alterações qualitativas e/ou quantitativas em interesses como os de credores ou empregados do empresário em dificuldades.

Há instrumentos de recuperação da empresa que chegam aos interesses dos sócios. Nestes casos, a posição deles na sociedade empresária será alterada, podendo consistir na substituição dos antigos integrantes por outros, modificação no controle societário ou na adesão de novos membros.

Pode ainda a recuperação da empresa ser efetuada, nos termos do art. 50 da Lei n. 11.101/05, através de

137 MAC NICOL, Donald. MURCHED, Badih Sanna. Plano de Recuperação (in) Rubens Aprobatto Machado (coord.). *Comentários à Nova Lei de Falência. e Recuperação de Empresas*... ob. cit. P. 166.

modificações na própria estrutura jurídica da sociedade empresária em crise.

Nesta eventualidade, a pessoa jurídica em recuperação poderá inclusive deixar de existir, sendo substituída por outra na realização da atividade empresarial e concretizando o princípio da separação entre a sorte da atividade empresarial e do empresário em dificuldades econômico-financeiras.

2) - Demonstração da viabilidade econômica das medidas escolhidas como forma de recuperação da empresa e

3) - laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

Com base na situação do acervo do empresário, retratada em suas demonstrações contábeis, elabora-se um laudo técnico fundamentado com o objetivo de demonstrar que, embora sujeita a um período de crise econômico-financeira, a atividade empresarial em questão ainda é patrimonialmente viável e que pode ser erguida com as medidas previstas pelo plano de recuperação judicial.

Há dois pontos que a legislação procura sanar com as exigências ora em análise: permitir aos credores a devida quantificação do patrimônio do empresário em recuperação e do grau de exequibilidade e efetividade das medidas recuperatórias propostas no plano. A doutrina e a jurisprudência norte-americanas também enfatizam a importância destes dois fatores na recuperação da empresa,

mas, ao mesmo tempo, apontam os obstáculos inerentes à sua execução.

As dificuldades com a avaliação do patrimônio do empresário em recuperação são resumidas por Lucien Bebchuk pela expressão *valuation problem*, que, em tradução livre, pode ser tomada por "problema da avaliação": *"Um grande problema que as normas sobre reorganização enfrentam é o referente a avaliação – a dificuldade inerente a estimação do valor da companhia reorganizada.*

Perceba que um problema de avaliação não existe na liquidação, quando uma venda atual para terceiro tem lugar. A liquidação resulta em uma troca dos ativos da companhia por dinheiro (ou equivalentes de dinheiro, como valores mobiliários negociáveis). Queira ou não este dinheiro representa o verdadeiro valor dos ativos vendidos, não há dúvida sobre o valor monetário total para distribuição. (...) Em contraste, a venda dos ativos da companhia em uma reorganização é fictício."[138]

O que Lucien Bebchuk procura salientar é que um laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor como o previsto pela Lei n. 11.101/05 é uma amostragem e não uma certeza acerca do patrimônio

138 "*A major problem that reorganization rules faces is that of valuation – the difficulty inherent in estimating the value of the reorganized company.*
Note that a problem of valuation does not exist in liquidation, when an actual sale to an outsider takes place. The liquidation results in an exchange of the company´s assets for cash (or cash equivalents, such as marketable securities). Whether or not this cash represents the true value of the assets sold, there is no question as to what is the total monetary value of the assets for distribution. (...) In contrast, the sale of the company's assets in a reorganization is fictional". BEBCHUK, Lucien Arye. Chapter 11. *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law – Vol. III*, 1998. p. 220. Tradução livre.

do empresário ou sociedade empresária. Certeza quanto a este valor só se terá em caso de falência e efetiva liquidação do acervo.

Embora inexata (por ficcional) considera a Lei n. 11.101/05 que a avaliação dos ativos patrimoniais do empresário ou sociedade empresária em recuperação permite aos credores não só mensurar sua viabilidade patrimonial mas também considerar as conseqüências que uma eventual falência e liquidação do patrimônio do devedor trariam sobre seus direitos. Possibilita aos credores considerar se é mais eficiente, para seus interesses, investir na recuperação pelo apoio ao plano ou remeter o devedor à liquidação.

A demonstração de viabilidade econômica do plano de recuperação judicial apresentado é, por assim dizer, o outro corolário da decisão dos credores em apostar ou não na recuperação judicial. É preciso convencê-los de que as medidas incluídas no plano são capazes de reerguer a empresa. A doutrina e jurisprudência norte-americanas salientam a importância deste elemento e referem-se ao chamado "teste de exequibilidade" - *feasibility test* - como critério de sua aferição: *"Isto é subjetivo, mas a corte pode dar-lhe alguns limites rígidos ao comparar a estrutura de capital da companhia reorganizada com outras sociedades na mesma indústria. Um plano de reorganização que deixa uma sociedade muito altamente alavancada em relação a*

outras do mesmo ramo pode não ser exequível no significado do Código de Falências."[139]

A exequibilidade ou viabilidade do plano de recuperação está extremamente ligada às circunstâncias específicas de cada empresa, sendo quase impossível estabelecer diretrizes abstratas sobre a questão.

"Em verdade, se um plano de reorganização é exequível ou não é uma decisão de negócios que considera fatores como fluxo de caixa, condições de mercado, experiência passada, operações futuras e outros como esses. Provavelmente nenhuma outra decisão em um caso de falência envolve mais julgamento discricionário e estimativas instruídas. A lei aqui é realmente secundária e de pouca ajuda, e é limitada a algumas noções básicas que moldam os resultados e guiam a investigação mas que nunca realmente decidem."[140]

A expressão "estudo de viabilidade econômica e financeira" é utilizada também pelo art. 82 par. 1º da Lei n. 6. 404/76. É um dos requisitos exigidos pela Comissão de Valores Mobiliários para que uma companhia possa

---

139 *"It is subjective, but the court can give it some hard edges by comparing the capital structure of the reorganized corporation with other corporations in the same industry. A reorganization plan that leaves a corporation too highly leveraged relative to other corporations in the same industry may not be feasible within the meaning of the Bankruptcy Code."* BAIRD, Douglas. *Elements of Bankruptcy...* ob. cit. p. 256. Tradução livre.

140 *"In truth, whether or not a plan of reorganization is feasible is a business decision that considers factors such as cash flow, market conditions, past experience, future trends, and the like. Probably no other decision in a bankruptcy case involves more discretionary judgment and educate guessing. The law here is really secondary and not very helpful, and is limited to some basic notions that frame the issue and guide the inquiry but that never actually decide it."* EPSTEIN, David G. NICKLES, Steve H. WHITE, James J. *Bankruptcy...* ob. cit. p. 135. Tradução livre.

se constituir por subscrição pública. Além disso, é um importantíssimo elemento empregado por investidores no momento de decidir adquirir ou não ações de uma companhia.

O plano de recuperação judicial deve ser apresentado pelo devedor ao juízo no prazo de até 60 (sessenta) dias contados da data em que foi deferido o processamento do pedido (art.53).

Após sua apresentação, este plano fica à disposição dos credores para que manifestem, no prazo de 30 (trinta) dias contados da data em que for publicada a relação de credores (art. 7º par. 2º), sua objeção quanto aos termos apresentados (art. 55).

Desta forma, se nenhum credor manifestar discordância quanto ao conteúdo e às medidas do plano de recuperação judicial apresentado, este será reputado aprovado e, obviamente, não haverá necessidade de deliberação sobre o mesmo pela Assembleia Geral de Credores (art. 56 c/c 58 da Lei n. 11.101/05).

As eventuais propostas de modificações no plano de recuperação judicial aduzidas pelos credores somente poderão ser admitidas se não implicarem exclusivamente em diminuição dos direitos dos credores ausentes na Assembleia-geral (art. 56 par. 3º) e desde que haja concordância do devedor. Este, por sua vez, precisa considerar que, caso não concorde com tais alterações, o plano pode ser rejeitado, o que ocasionaria a decretação de sua falência.

Se, na Assembleia Geral, houver discordância entre os credores ou entre eles e o devedor, quanto aos termos do plano de recuperação judicial apresentado, há as seguintes alternativas:

1 - o plano de recuperação é desde logo rejeitado e o juiz decretará a falência do empresário (art. 56 par. 4º);

2 - as partes suspendem os trabalhos da Assembleia Geral de Credores e procuram reformular suas exigências ou os termos do plano de recuperação em discussão, para tentarem chegar a um acordo. Esta hipótese, porém, só pode ocorrer se admitido que os trabalhos da Assembleia Geral de Credores podem ser suspensos, o que já foi objeto de análise no capítulo anterior.

Cabe aos credores do empresário em recuperação, reunidos em Assembleia Geral, decidir pela aprovação do plano de recuperação judicial ou então pela sua negativa e consequente submissão do requerente à falência.

Ao contrário do que ocorria com a antiga concordata do Dec. Lei n. 7.661/45, os poderes do juiz da recuperação da empresa não alcançam, em princípio, a possibilidade de apreciar o conteúdo das propostas contidas no plano.

É possível, porém, que a autoridade judicial tome para si a responsabilidade de deferir o plano de recuperação. Para isto é preciso que, na Assembleia Geral de Credores que o reprovou tenham ocorrido, cumulativamente, as seguintes circunstâncias (art.58 par. 1º da Lei n. 11.101/05):

I - o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à Assembleia Geral, independentemente de classes;

II - a aprovação de 2 (duas) das classes de credores, nos termos do art. 45 da 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 plano de recuperação tenha obtido o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 da Lei;

IV - o plano não implique tratamento diferenciado entre os credores da classe que o tenha rejeitado.

A decisão judicial que, após a aprovação do plano, conceder a recuperação constituirá título executivo judicial e contra ela caberá recurso de agravo a ser interposto por qualquer credor e/ou pelo Ministério Público.

Esta é uma das poucas oportunidades de participação do Ministério Público no processo de recuperação judicial de empresas. Entendeu o legislador que a crise econômica da empresa deve ser o mais livremente possível administrada entre os credores e o devedor, cabendo ao Poder Judiciário o dever de zelar pela legalidade do processo de negociação.

VI - Cumprimento das medidas de recuperação da empresa

O empresário devedor permanecerá em recuperação judicial até que sejam cumpridas todas as obrigações referidas pelo plano cujo vencimento esteja estipulado para até 2 (dois) anos a partir da data da sentença concessiva da recuperação (art. 61).

Há quem afirme, com base no disposto pelo art. 61, que o legislador estabeleceu em imutáveis 02 (dois) anos a duração do procedimento recuperatório, independentemente das medidas e procedimentos previstos pelo plano de recuperação.

Em verdade, o art. 61 estabelece que o empresário será considerado legalmente em recuperação judicial a partir da data da sentença que lhe conceda o benefício. É também expresso o artigo citado ao afirmar que este estado se encerra quando cumpridas as obrigações cujo vencimento esteja previsto para ocorrer nos próximos 2 (dois) anos a partir desta data.

Assim, se o empresário em recuperação quitar as suas obrigações abarcadas pelo plano e exigíveis nos próximos 02 (dois) anos antes deste prazo, ele pode postular seja dada por encerrada a sua recuperação judicial.

O objetivo aqui foi encerrar os custos de manutenção da situação de recuperação judicial, evitando-se a prorrogação inútil deste estado. Ao final dos 02 (dois) anos do artigo 61, dá-se por encerrada a recuperação judicial da

empresa e, por conseqüência, interrompem-se os custos com a manutenção do administrador judicial, do Comitê de Credores e das demais formalidades processuais inerentes ao processo.

Se ainda restarem obrigações a serem adimplidas pelo empresário, cumprirá aos credores exigi-las normalmente com base na sentença concessiva da recuperação, que, como já salientado, é título executivo judicial[141].

Cumpridas as obrigações vencidas no prazo de 02 (dois) anos, o juiz decretará por sentença o encerramento da recuperação judicial e determinará:

I - o pagamento do saldo de honorários ao administrador judicial, somente podendo efetuar a quitação dessas obrigações mediante prestação de contas, no prazo de 30 (trinta) dias, e aprovação do relatório previsto no inciso III do caput do art. 63;

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

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

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

141 Além disso, o descumprimento de plano de recuperação judicial é, ainda que encerrados os 2 (dois) anos aqui citados, ato falimentar, nos termos do art. 94 da Lei n. 11.101/05.

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

Algumas destas medidas mostram-se de questionável utilidade ou oportunidade. É o caso da exigência de relatório do administrador judicial sobre a devida execução, pelo devedor, do plano de recuperação.[142]

Esta observação é de tal pertinência que deve mesmo ser seguida pelos juízes e administradores judiciais, especialmente se considerado que a recuperação judicial pode ser encerrada, antes do seu prazo legal, se atestado o cumprimento das medidas contidas no plano, o que só pode ser feito se apresentado o relatório do administrador judicial.

142 "*O relatório seria útil se fosse apresentado antes da sentença, constituindo um importante elemento de informação ao juiz para verificar apresentação de um dos requisitos para o encerramento do processo, qual seja, o cumprimento do plano pelo devedor.*"MUNHOZ, Eduardo S (in) SOUZA JR, Francisco Satiro de. MORAES PITOMBO, Antônio Sérgio A de. (coord.). *Comentários*... ob. cit.. p. 298

Capítulo VIII - *Cram Down* e voto abusivo em Assembleia Geral de Credores

1 – Os objetivos da recuperação judicial de empresas e o direito de voto dos credores

A insolvência (seja ela estrutural ou conjuntural) é um problema econômico decorrente do essencial risco envolvido nas atividades de natureza empresarial.

Não é por isso, entretanto, que o Direito se afasta da questão. Ao contrário, tem-se na recuperação de empresas exatamente o principal instituto jurídico destinado ao enfrentamento da situação de crise econômico-financeira dos agentes empresariais.

Entretanto, o instituto da recuperação de empresas, precisa equilibrar-se sobre dois objetivos legais (art. 47 da Lei n.11.101/05) que o fundamentam e, ao mesmo tempo, norteiam sua existência, interpretação e aplicação[143].

143 Outro elemento de fundamental relevância no processo recuperatório está na busca pela maximização dos ativos patrimoniais do devedor. Eric Posner salienta que é, na verdade, este o critério a ser adotado no momento de se optar entre a falência ou a recuperação do devedor. Para o citado autor a falência é a solução mais eficiente quando os ativos do devedor valem mais separados do que em conjunto enquanto a recuperação se aplicaria à situação oposta. POSNER. Eric A. KORDANA. Kevin A. A Positive Theory of Chapter 11. *The Social Science Research Network Electronic Paper Collection*: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=137897. Acesso em 11/01/2011. No mesmo sentido: BEBCHUK. Lucien Arye. A new approach to corporate reorganizations. (In:). BEBCHUK. Lucien Arye (Org.). *Corporate Law and Economic Analysis*. Cambridge University Press. 2005. Pg. 153 e seg.

O primeiro destes objetivos está na busca pela preservação da empresa, força motriz principal de qualquer economia de mercado. Salvaguardá-la da extinção decorrente de contingenciais e sempre possíveis crises econômico-financeiras é, em última análise, preservar todos os inúmeros interesses que gravitam em torno dela e zelar pelo cumprimento de sua inegável função social[144].

O segundo dos objetivos do instituto da recuperação de empresas está na preservação de um eficiente mercado de crédito.

O estímulo à atividade econômica – art. 47 da Lei n. 11.101/05 - necessariamente passa pelo bom funcionamento do mercado creditício, sem o qual se torna quase inviável o pleno exercício da atividade empresarial.

Assim, quando a legislação falimentar faz referência aos "interesses dos credores" (art. 47 da Lei n.11.101/05) há que se observar o verdadeiro sentido desta expressão, que se prefere aqui substituir por "preservação do mercado de crédito".

A tutela aos interesses dos credores em um procedimento recuperatório visa minimizar os custos para eles decorrentes da crise econômico financeira do devedor comum.

A minimização das perdas dos credores em um procedimento recuperatório leva, por seu turno, à redução

144 CARVALHO. William Eustáquio de. Apontamentos sobre o Princípio da Preservação da Empresa. In: CASTRO. Moema Augusta Soares de. (Coord.) *Direito Falimentar Contemporâneo*. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 2008. Pg. 171 e seg.

do risco nas operações de financiamento, que, por sua vez, acabam por tornar menos custosa a obtenção do crédito pelas empresas em geral[145].

Vale acrescentar que preservar a empresa em crise sob quaisquer circunstâncias significa alocar os custos desta manutenção nos agentes dela credores, que, como se aponta, transferirão o elevado risco inerente ao fornecimento de crédito para o financiamento das empresas economicamente viáveis, comprometendo, assim, a lucratividade delas, sua função social e o próprio funcionamento do mercado[146].

Assim, tutelar os interesses dos credores em um procedimento recuperatório é preservar a eficiência do mercado de crédito, facilitar a obtenção deste essencial fator de produção às empresas[147] e, por fim, zelar pela preservação delas e sua função social.

Viabilizar a preservação da empresa que passe por contingencial crise econômico-financeira reduz o risco do

---

145 Sobre a relação entre a tutela aos interesses dos credores de agentes econômicos insolventes e o custo do capital para o exercício da empresa veja-se, por exemplo, o que diz Richard Posner: *"The more the creditor can reach, tem more risky wil entrepreneurial activity to be to the entrepreneur; the fewer the assets the creditor can reach, the higher interest rates will be"*. (POSNER. Richard. *Economic Analysis of Law*. 7th edition. Aspen Publishers. 2007. P. 431.

146 *"La disminución del régimen de riesgo a través del otorgamiento de mecanismos más razonables y más ágiles de recupero y de percepción, especialmente frente a los procesos de crisis, permitem um mayor acceso al crédito por parte de comerciantes y empresarios, lo cual conlleva a uma mejor posibilidad de obtener inversiones, y a uma menor tasa de interés que operará como consecuencia de um menor spread entre tasa activa y pasiva, el cual se reduce por la disminución de los riesgos de incobrables."* (VÍTOLO. Daniel Roque. *Elementos Del Derecho Concursal*. Ad-Hoc. Buenos Aires. 2007. Pg. 45).

147 POSNER. Eric A. KORDANA. Kevin A. *A Positive Theory of Chapter 11…* ob.cit. P. 3

empresário no exercício de sua atividade. Por outro lado, tutelar o interesse dos credores diminui o risco inerente ao financiamento empresarial e facilita a obtenção de capital pelos agentes econômicos em geral.

São, desta forma, dois objetivos que, embora a princípio contrapostos, hão de ser conciliados na interpretação e aplicação do instituto da recuperação de empresas.

De forma a buscar concretizar tais objetivos a recuperação de empresas configura-se essencialmente como transação econômica juridicamente tutelada entre os diferentes grupos de interesses organizados em torno da empresa em crise econômico-financeira[148].

Porém, essa feição eminentemente transacional do instituto recuperatório[149] somente se implementa de forma eficiente se as partes têm, antes de mais nada, autonomia para exercerem seu direito de negociar ou não, contratar ou não e, enfim, aderir ou não ao plano de recuperação apresentado.

Ao devedor - empresário ou sociedade empresária – cabe decidir entre a tentativa de recuperar sua empresa em crise ou a sua liquidação, pela falência. Este aspecto, diretamente ligado ao processo recuperatório

148 Dentre estes grupos de interesses organizados em torno da empresa há, de forma mais evidente, aqueles expressamente referidos pela Lei n. 11.101/05, quais sejam: os sócios e administradores da sociedade em crise, seus credores e seus empregados. Cumpre a eles a atribuição de, por meio do mecanismo de transação legalmente disciplinado, viabilizar ou não a recuperação da empresa em crise.

149 BAIRD. Douglas. *Elements of Bankruptcy*. 4th edition. Foundation Press. New York. 2006. P. 86.

e principalmente ao seu ressaltado caráter dispositivo e transacional, tem particular relevo na matéria em análise.

Assim, a propositura da recuperação judicial de empresas decorre da opção do devedor por esta tentativa de manter sua atividade econômica. O plano de recuperação por ele apresentado, a seu turno, configura o limite à sua intenção e/ou condição de preservar o organismo econômico em crise.

Uma vez pleiteado o procedimento recuperatório, cabe a Assembleia Geral de Credores o poder de decidir, com base nas informações sobre a situação econômica e financeira da empresa em crise - e no plano apresentado - se o instituto da recuperação é ou não a forma mais eficiente de satisfação de seus interesses tuteláveis e relacionados ao devedor comum.

Os custos da recuperação de uma empresa são, em princípio, divididos entre credores, empregados e devedor, cabendo a eles, deste modo, transacionar, por meio do procedimento recuperatório, acerca da viabilidade ou não do plano apresentado[150].

Ao magistrado não é – e não deve ser - dado o direito de voto sobre a aprovação ou rejeição do plano de recuperação, uma vez que não pode ele suprimir a vontade

150 *"Com efeito, o processo de recuperação constitui, no seu conteúdo, uma conversa em que o interlocutor principal (a empresa insolvente) tenciona persuadir uma assistência muito 'sui generis', ex-parte contrária dum contencioso latente (credores), da sua capacidade de vier a ser declarada viável, sob o beneplácito e tendo como palco privilegiado, o Tribunal".* DUARTE. Henrique Vaz. *Questões sobre Recuperação e Falência.* 2ª edição. Ed. Almedina. Coimbra. 2004. P. 14.

daqueles que diretamente têm interesses tuteláveis relacionados ao organismo empresarial em crise[151].

Ao Poder Judiciário cumpre, no processo recuperatório, zelar pela aplicação integral das regras legais viabilizadoras da negociação – quem está legitimado a participar, em que condições, etc. – e dos demais aspectos procedimentais.

Contrariam os objetivos e o texto da Lei n. 11.101/05 tanto o magistrado que excede os rigorosos limites de seus poderes no procedimento recuperatório quanto, vale também lembrar, o credor que, no exercício de seu direito de voto na Assembleia Geral de Credores, abusa deste direito, valendo-se dele com outra finalidade que não a de maximizar seus legítimos interesses abarcados pelo procedimento recuperatório[152].

Passa-se, então, ao estudo dos limites para o *Cram down* - de forma a evitar a usurpação da natureza transacional da recuperação - e também do abuso de

---

151 *"Não há, portanto, como se estabelecer qualquer espécie de conflito entre a deliberação da assembleia de credores e o juiz, ainda que na opinião deste, o plano aceito seja ruim. O juiz não examina o conteúdo do plano aceito; assim como não examina o conteúdo dos acordos que ele homologa frequentemente no processo"*. (MOREIRA. Alberto Camiña. *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. Editora Quartier Latin. São Paulo. 2005. P. 254).

152 *"O voto nas assembléias, quaisquer que sejam e, pois, também, nas assembléias de credores, deve, para fazer sentido, ser livre. Só assim a deliberação expressará a vontade de todos os votantes. Não quer isto dizer, no entanto, que o exercício do direito de voto possa ocorrer sem limitação alguma, de modo desregrado e antijurídico."* (TOLEDO. Paulo Fernando Campos Salles de. Recuperação Judicial – Sociedades Anônimas – Debêntures – Assembleia Geral de Credores – Liberdade de Associação – Boa-fé objetiva – Abuso de Direito – Cram Down – par condicio creditorum. *Revista de Direito Mercantil*. Vol. 142. Abril/Junho 2006. Ed. Malheiros São Paulo. P. 277).

voto em Assembleia Geral de credores, quando revela-se a extrapolação, pelos credores, de seus direitos na recuperação judicial de empresa.

2 – Voto abusivo em Assembleia Geral de Credores

O exercício abusivo do direito de voto em Assembleia Geral - de credores ou de sócios - nada mais é do que, com algumas particularidades, uma modalidade de abuso de direito.

De longa data é a discussão doutrinária sobre a definição de abuso de direito, que, com base no art. 187 do Código Civil brasileiro, caracteriza-se como as situações nas quais o titular de um direito, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Tal definição é particularmente importante para a análise do voto abusivo em Assembleia Geral de Credores quando se refere aos "fins econômicos e sociais" do direito que se pretende verificar abusado por seu titular.

Não há como admitir-se que o voto contrário ao plano de recuperação apresentado afronte, simplesmente por não admitir a proposta do devedor, os seus fins econômicos e sociais.

Como já salientado, o direito de voto é conferido ao credor exatamente com a finalidade de lhe permitir optar pela adesão aos termos do plano de recuperação

apresentado ou preferir o recebimento de seus créditos pela via falimentar.

Para se afirmar que o voto do credor contraria os "fins econômicos e sociais" deste direito é necessária a configuração de outros requisitos além da simples opção pela rejeição ao plano de recuperação.

Caso contrário se estará, saliente-se novamente, a usurpar a competência da Assembleia Geral de Credores e a transfigurar a essencial natureza transacional do instituto recuperatório.

Trazendo a discussão para o específico âmbito do exercício de voto no Direito Empresarial, nota-se que, ao contrário do verificado no texto da Lei n. 11.101/05[153], a figura do voto abusivo encontra expressa definição no texto da Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76).

Segundo o art. 115 da supra citada legislação societária, configura-se abuso no direito de voto quando o acionista o exerce com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas ou para obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas.

Manifesta a intenção do legislador de conferir à caracterização do voto abusivo nas companhias brasileiras

153 DE LUCCA. Newton. Abuso do Direito de Voto de Credor na Assembléia Geral de Credores prevista nos arts. 35 a 46 da Lei n. 11.101/2005. In: ADAMEK. Marcelo Vieira Von. (Coord.). *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos.* Ed. Malheiros. São Paulo. 2011. pg. 646.

a mesma configuração teleológica expressa pelo Código Civil[154].

Desta forma, tanto a concepção de abuso de direito prevalente como regra geral na legislação civil, quanto a definição de voto abusivo especificamente mencionada no âmbito da legislação societária amparam-se no mesmo fundamento teleológico, o qual, por estes e outros fundamentos abaixo elencados, também ampara a questão sob o ponto de vista da legislação falimentar.

A recuperação judicial não é, vale repetir, um direito do empresário ou sociedade empresária em crise econômico-financeira. Seu direito limita-se ao poder de pleitear o benefício - se legitimado a tal - e, baseado no plano de recuperação apresentado, convencer os credores da viabilidade econômica de sua manutenção no mercado.

Trata-se, portanto, de permitir aos titulares de direitos creditícios contra a empresa em crise decidirem se admitem os termos do plano, conferindo nova chance ao devedor comum, ou se optam pelo recebimento de seus créditos por meio da falência.

Desta forma podem os credores, dependendo do valor e garantia de seus créditos, entender que o processo falimentar é a mais eficiente forma de maximização dos

154 *"O objetivo de causar dano é inerente à figura do voto abusivo".* (CARVALHOSA. Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – Vol. 2*. 4ª edição. Ed. Saraiva. São Paulo. 2009. Pg. 462). No mesmo sentido: CORRÊA-LIMA. Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. 2ª edição. Ed. Del Rey. Belo Horizonte. 2007. Pg. 278.

ativos do devedor comum e, portanto, de seus próprios interesses[155].

A Lei n. 11.101/05 não obriga o credor a votar no interesse da sociedade em recuperação. Se fosse este o objetivo, teria a legislação deixado a concessão da recuperação judicial à decisão do magistrado, que, nos moldes da antiga concordata, se limitaria a apurar a regularidade dos documentos instrutórios do pedido[156].

Não há abuso de voto quando o credor, devidamente informado da condição econômico financeira do devedor e dos termos do plano, entende que o mesmo não se configura na forma mais eficiente de apuração de seus direitos[157].

---

155 É direito dos credores optarem pela falência do devedor quando convencidos de que receberão, com esta solução, mais do que pelos termos do plano de recuperação apresentado. Tal assertiva inclusive não é nova no Direito Falimentar brasileiro. O art. 143, I, do antigo Dec. Lei n. 7661/45 dispunha expressamente que os embargos à concordata podiam ser interpostos ao fundamento de que a concessão de tal regime impunha "sacrifício dos credores maior do que a liquidação na falência". No mesmo sentido vai também a legislação norte-americana (JACKSON. Thomas H. *The Logic and Limits of Bankruptcy Law.* Beardbooks. Washington D.C. 2001. P. 214).

156 *"Diante disso, na atual LRE, a Assembléia Geral de Credores passa a ter um papel fundamental no processo de falência e de recuperação da empresa que se encontra em dificuldades financeiras. Pode-se dizer, inclusive, que o poder dos credores reunidos em assembléia quase se equipara àquele exercido pelo magistrado nos termos do Dec.-Lei n. 7.661/45."* (ARAGÃO. Paulo Cezar. BUMACHAR. Laura. A Assembléia Geral de Credores na Lei de Recuperação e Falências. In: SANTOS. Paulo Penalva. *A Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas – Lei n. 11.101/05*. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2006. Pg. 114.

157 Vale citar a seguinte assertiva que, embora referente ao direito norte-americano, ajusta-se perfeitamente à recuperação judicial de empresas da Lei n. 11.101/05: *"With information from the business plan and knowledge about the value of the business, the debtor and its creditors are better equipped to negotiate a plan that will work and be in the best interest of the debtor, its creditors and shareholders".* (NEWTON. Grant W. *Corporate Bankruptcy – tools, strategies and alternatives.* John Wiley & Sons, Inc. Hoboken, New Jersey. 2003. P. 192).

Também não se configura abuso de voto quando o credor único, em uma das classes da Assembleia Geral de Credores, desaprova o plano. Não se pode agravar-lhe a situação pelo simples fato de estar isolado em determinada categoria de participantes da deliberação.

Caso contrário se constatará que todas as vezes nas quais uma determinada classe da Assembleia Geral de Credores contar com um único integrante ser-lhe-á retirada a dualidade de opções de voto - aprovar ou rejeitar o plano de recuperação proposto – e imposta a adesão aos efeitos do procedimento recuperatório.

Não é, por outro lado, permitido ao credor utilizar-se de seu direito de voto, em Assembleia Geral de Credores, como outra finalidade que não aquela estritamente ligada à realização de seus direitos de crédito contra o devedor comum.

O direito de voto deve, no processo recuperatório, obrigatoriamente ser usado como forma de permitir aos credores envolvidos decidirem pelo melhor modo de percepção de seus direitos de crédito.

É negado ao credor valer-se de seu direito de voto para qualquer outra finalidade que não aquela expressa acima, causando dano à sociedade em recuperação, aos seus sócios ou aos demais credores.

Fica demonstrada a intenção de danificar a sociedade em recuperação quando o credor, por exemplo, deixa de lado a razão fundamental de seu direito de voto na Assembleia Geral (escolher entre o melhor meio para recebimento do

seu crédito) e se vale deste direito para, por exemplo, excluir o requerente do benefício recuperatório - seu concorrente - do mercado.

Restaria configurado o abuso do direito de voto se constatado que o credor usou de seu poder na Assembleia Geral de Credores não para decidir sobre a melhor forma de preservação de seus direitos de crédito, mas para, indiretamente (e ilicitamente), retirar concorrente do mercado[158].

Vale ressaltar, entretanto, que a intenção do credor não pode ser presumida pela simples constatação de que ele e a empresa em crise atuam no mesmo ramo de atividades.

Não pode haver presunção de intenção abusiva do credor. Cabe ao magistrado o dever de amparar tal decisão em elementos probatórios que possam ser por ele, pelo devedor ou mesmo por outros credores trazidas ao seu conhecimento.

158 Particularmente relevante a ponderação de Newton de Lucca que, sobre o tema, afirma expressamente que tal voto viola o dispositivo do art. 21, V, da Lei n. 8.884/1994. Veja-se o que diz o autor: "*Parece incontroverso que um credor que rejeita plano de recuperação de uma empresa concorrente com o propósito precípuo de eliminá-la do mercado, deixando claro que seu voto foi conflitante com seu interesse de simples credor, não está exercitando legitimamente seu direito*. DE LUCCA. Newton. Abuso do Direito de Voto de Credor na Assembleia Geral de Credores prevista nos arts. 35 a 46 da Lei n. 11.101/2005. In: ADAMEK. Marcelo Vieira Von. (Coord.). *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos.* Ed. Malheiros. São Paulo. 2011. P. 649

3 – O fundamento e requisitos para a aplicação do *Cram Down* no direito brasileiro

Denomina-se *Cram Down* a possibilidade de reversão, pelo magistrado, da deliberação da Assembleia Geral de Credores que rejeita o plano de recuperação judicial apresentado por empresário ou sociedade empresária.

De origem norte-americana, o instituto do *Cram down* admite, naquele ordenamento, que o juiz possa aprovar o plano de recuperação judicial apresentado se constatar que a classe de credores que o tenha rejeitado recebeu, do plano, tratamento *fair and equitable*[159], cuja verificação, por sua vez, condiciona-se à *absolute priority rule*[160].

A *absolute priority rule* estabelece, em síntese, que os credores de uma determinada classe, mais privilegiada que outra na ordem falimentar de pagamento, têm o direito de receber integralmente seus direitos, no processo recuperatório, antes que a menos privilegiada receba algo[161].

---

159 BUCCOLA. Vincent S.J. KELLER. Ashley C. Credit Bidding and the Design of Bankruptcy Auctions. *The Social Science Research Network Electronic Paper Collection*: http://papers.ssrn.com/abstract id =1545423. Acesso em 12/04/2018. P. 13

160 BEBCHUK. Lucien Arye. Chapter 11. *The Social Science Research Network Electronic Paper Collection*: http://papers.ssrn.com/abstract id=76648. Acesso em 21/11/2018. P. 4.

161 *"In a Chapter 11 reorganization, senior creditors are, in principle, entitled to insist upon "absolute priority."They have a right to be paid in full before junior investors receive anything. This "fixed principle" has been the foundation of our corporate reorganization laws for decades*". BAIRD. Douglas G. BERNSTEIN.Donald S. Absolute Priority, Valuation Uncertainty, and the Reorganization Bargain.*The Chicago Working Paper Series*.Index:http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html. September 2005. Acesso: 02/21/2018. P. 5.

São corolários desta regra o direito do credor receber, na recuperação, ao menos o que ele receberia na falência e o direito dos credores mais privilegiados (*senior class creditors*) votarem contra o plano de recuperação se não forem inteiramente pagos ou se houver, no plano, alguma previsão de pagamento aos credores menos privilegiados (*junior class creditors*)[162].

Nota-se que a aplicação do *Cram Down* no direito norte-americano é instrumento destinado a conter o comportamento abusivo dos credores no processo recuperatório.

Isto porque configura-se inegavelmente abusiva a conduta de credores que rejeitem plano de recuperação que lhes tenha previsto pagamento integral de seus direitos ou, ao menos, recebimento parcial antes que credores menos privilegiados no processo falimentar percebam qualquer pagamento.

O *Cram Down* se pauta, no direito norte americano, por uma análise estritamente ligada à maximização legítima dos direitos dos credores e não sobre a potencial necessidade de preservação da empresa em crise econômico financeira.

Trata-se, portanto, de análise objetiva e quantitativa acerca do exercício de voto pelos credores, que, certamente, pode ser aplicada ao ordenamento brasileiro não como forma de conferir inadmissível ampliação (ou, pior, distorção) dos requisitos do *Cram Down*, mas como meio de permitir ao

162 CASEY. Anthony J. The Creditors' Bargain and Option-Preservation Priority in Chapter 11. *University of Chicago Law Review*. Vol. 78. 2011.

magistrado aferir objetivamente o abuso de voto do credor na Assembleia Geral.

A aprovação judicial do plano de recuperação é, no contexto da lei brasileira, situação excepcional e, como tal, impede qualquer flexibilização acerca dos requisitos legais a ela atinentes[163] (art. 58, parágrafo 1º da Lei n. 11.101/05) sob pena de tornar-se, na prática, forma alternativa de concessão do pedido recuperatório.

Também sobre os requisitos do *Cram Down* é necessário lembrar que a legislação brasileira os estruturou sobre exigências formais rígidas, significativamente diferentes daquelas encontradas no direito norte americano.

A lei brasileira não deixa margem a análise, pelo magistrado, da qualidade do plano apresentado pelo devedor, sua viabilidade econômica ou mesmo sobre a sua função social[164]. A decisão judicial que aprovar o pedido recuperatório deve amparar-se exclusivamente

163 Pela cumulatividade dos requisitos: BEZERRA FILHO. Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. 5ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2008. pg. 183. LOBO. Jorge. (In:) TOLEDO. Paulo Fernando Campos Salles de. ABRÃO. Carlos Henrique. (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Ed. Saraiva. São Paulo. 2005. P. 155.

164 Neste sentido é a conclusão de Eduardo S. Munhoz que, apesar de manifestar sua discordância quanto à orientação do texto legal, por considerá-la restritiva à atuação do magistrado, é enfático ao salientar que *"(...) o Cram down da lei brasileira, ao contrário do que se verifica na disciplina adotada por outros países acerca do mesmo instituto, mantém fundamentalmente o poder de decisão com a assembleia geral de credores, quase que estabelecendo um quorum alternativo de aprovação do plano em relação ao previsto no art. 45; não se abre nenhuma margem para a apreciação pelo juiz da situação econômico-financeira concreta do devedor e do eventual abuso verificado no voto de rejeição do plano manifestado por uma determinada classe".* SOUZA JR. Francisco Satiro de. PITOMBO. Antônio Sérgio A. de Moraes. (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2007. P. 285.

na verificação integral dos requisitos estabelecidos pela legislação.

Nada impede que, como acima foi ressaltado, seja anulado, por abusivo, o voto de credor (ou credores) que rejeitem plano no qual tenham sido contemplados com tratamento condizente com sua situação no processo falimentar, nos termos do que preceitua a chamada *absolute priority rule* norte americana.

Verificado o voto abusivo na Assembleia Geral de Credores, o mesmo deve simplesmente ser desconsiderado para fins de formação de quorum de aprovação do plano.

Não é válido, entretanto, aplicar-se o *Cram down* como decorrência automática da constatação, pelo magistrado, de exercício abusivo de voto na Assembleia Geral de Credores.

Caso contrário pode-se ter situação na qual, constatado o voto abusivo na Assembléia Geral de Credores, o magistrado aprove o plano de recuperação proposto ainda que não verificadas as demais exigências legais para tal decisão.

A atuação judicial no procedimento recuperatório está estritamente ligada à preservação das regras destinadas à viabilização eficiente da transação entre credores e devedor. Diante disso, são inflexíveis e inafastáveis os requisitos atinentes à legitimidade ativa na Assembleia Geral de Credores.

Desta forma preserva-se o evidente – e eficiente – caráter transacional do instituto recuperatório, reduzindo-se o risco do empresário (por meio de regras eficientes de

recuperação) e também o risco dos credores (através de normas que lhes permitam exercer sua autonomia de voto).

Cumpre, finalmente, salientar que a aprovação judicial do plano de recuperação é excepcional e, deste modo, somente pode ser aplicada quando integralmente preenchidos seus requisitos, sob pena de subverter-se toda a ordem inerente ao funcionamento do processo recuperatório no direito brasileiro.

Capítulo IX – Modificações nos direitos dos empregados, credores ou sócios como instrumentos de recuperação da empresa

I – Recuperação da empresa e direitos dos credores

A Lei n. 11.101/05 deixa explícito o significativo poder de interferência que os credores do empresário em recuperação têm ao longo de todo o processo.

Não pode realmente ser outra a opção do legislador, uma vez que boa parte dos instrumentos de recuperação da empresa em crise interferem diretamente sobre as condições originais dos direitos de seus credores.

Por outro lado, também os empregados ou os próprios sócios da sociedade empresária em recuperação estão sujeitos a modificações em seus direitos e interesses, sempre no intuito de manter a unidade produtiva em funcionamento.

Segundo o art. 50, I da Lei n. 11.101/05 o plano de recuperação da empresa pode estipular a concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas, constituição de sociedade de credores e/ou equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza.

A concessão de prazos e condições especiais de pagamento é, em essência, a possibilidade de implementar-se medida semelhante à antiga concordata (art. 156 do

Dec. Lei n. 7.661/45), que se desdobrava em três diferentes modalidades, assim explicadas por Walter Álvares:

"Diz-se que a concordata é remissória, ou tem efeito remissório, quando na proposta busca-se realizar o pagamento dos credores tendo em vista uma composição relativamente ao percentual pelo qual os seus créditos serão considerados satisfeitos. Assim, à vista, o devedor proporia o pagamento de cinquenta por cento dos créditos quirografários.

Enquanto isto, a concordata é dilatória, ou tem efeito dilatório, quando o devedor propõe unicamente um prazo maior a fim de saldar as suas dívidas, que, segundo a proposta, deverão ser liquidadas integralmente. Assim, oferece o devedor o pagamento integral se lhe for concedido mais um ou dois anos para o pagamento de seus débitos quirografários.

Finalmente, a concordata é mista, ou tem efeito misto, quando ao mesmo tempo o devedor propõe um percentual para o pagamento de suas dívidas e uma dilação no prazo para o mesmo pagamento."[165]

As três modalidades são, com as devidas ressalvas, suscetíveis de serem aplicadas como forma de recuperação judicial de empresa.

Na forma simplesmente remissória, os credores do empresário-devedor são submetidos a um abatimento em parte dos valores a eles devidos. O objetivo aqui é reerguer a atividade empresarial com a redução direta dos débitos contraídos pelo empresário.

165 ÁLVARES, Walter. T. *Curso de Direito Falimentar*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1982. P. 456/457

Os credores cedem parte de seu direito para manterem a atividade empresarial funcionando e, por outro lado, garantirem o recebimento de uma parcela do valor devido, evitando a falência da empresa e a formação do concurso de credores.

Tem-se, de outro lado, a modalidade dilatória quando há prorrogação do prazo para pagamento da integralidade do montante devido. O empresário consegue dilatar o vencimento de suas dívidas obtendo um período do tempo para se reestruturar econômica e administrativamente.

É também possível que seja adotada a solução mista, em que são cumuladas ambas as medidas. Esta modalidade era a mais empregada em se tratando do antigo modelo de concordata: *"é este o efeito mais usual, isto é, os devedores lançam mão, ordinariamente, de propostas que contenham a o mesmo tempo um percentual de remição e uma dilação do prazo de pagamento."*[166]

Uma importante diferença entre esta modalidade de recuperação judicial da empresa e a antiga concordata está na amplitude de seus efeitos sobre os credores do empresário-devedor. O regime da concordata submetia a tais abatimentos ou dilações de prazo somente os credores quirografários do empresário-devedor e cujos direitos fossem anteriores ao requerimento do benefício legal (art. 147 Dec. Lei n. 7.661/45).

No regime instituído pela Lei n. 11.101/05, a possibilidade de postergar-se o prazo para pagamento das

166 ÁLVARES, Walter. T. *Curso...* ob. cit. P. 456/457

obrigações do empresário-devedor e/ou de abatimento de parte dos valores devidos não está limitada a determinada categorias de créditos, podendo ser estendida a credores de diferentes naturezas.

Há que se lembrar, porém, que alguns tipos de créditos não se submetem a alteração em caso de recuperação judicial da empresa devedora. Quanto a estes não se aplica qualquer dilação de pagamento ou remição de valores. Mesmo com o emprego da recuperação judicial – e, mais especificamente ainda, desta forma de recuperação da empresa – estes débitos terão que ser pagos integralmente e no prazo original de vencimento.

É o caso dos valores disciplinados pelo art. 6º par. 7º. Foi dito que as ações de execução fiscal já propostas contra o empresário, quando do requerimento de sua recuperação judicial, seguirão seu curso normal, não sendo de maneira alguma afetadas pela hipótese de recuperação ora comentada, salvo se concedido parcelam ento dos débitos pelo Ente Público credor, na forma e termos da legislação específica.

Esta ressalva é igualmente pertinente quanto aos credores elencados pelo art. 49 parágrafos. 3º e 4º da Lei n. 11.101/05, cujos direitos não são modificados, nas suas condições originais, em função das propostas do plano de recuperação da empresa.

Também os débitos de natureza trabalhista são objeto de regulamentação própria, a qual é analisada no item referente aos interesses dos empregados do empresário em recuperação.

Outro elemento distintivo entre esta modalidade de recuperação judicial e a antiga concordata está em que, neste caso, não há previsão de limites mínimos ou máximos de dilação ou remissão dos débitos, como se verificava no caso do extinto instituto.

O empresário-devedor é livre para apresentar sua proposta de remissão e/ou dilação de prazo, sem se preocupar com termos ou percentuais mínimos. Cumpre aos credores, no momento de apreciação do plano de recuperação, analisar a proposta contida neste plano e deliberar se a aceitam ou não.

Entretanto vale ressalvar, como o fez Rubens Requião sobre a antiga concordata, que alguns aspectos devem ser respeitados quanto a esta modalidade:

"Não cabe ao juiz apreciar o quantum percentual da proposta formalmente correta, apresentada pelo concordatário. Não lhe é dado examinar de sua conveniência ou não, se o concordatário agiu de conformidade, ou não, com o potencial econômico e financeiro da empresa. Cabe-lhe, apenas, examinar os elementos formais, para ver se a proposta se compatibiliza ou não com a lei. A proposta, por exemplo, não pode ser mais desvantajosa do que o possível rateio advindo de liquidação na falência."[167]

167 REQUIÃO. *Curso de Direito Falimentar – Vol. II*... ob. cit. P. 78.

Outra forma de recuperação da empresa referente aos direitos dos credores é a equalização dos encargos financeiros das dívidas do empresário, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, possibilidade esta que se aplica inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica.

Cumpre ao empresário devedor, quando da elaboração do plano de recuperação e se optar por esta medida, lembrar-se de que caberá aos credores a aprovação ou não do plano, o que somente ocorrerá se a eles a recuperação da empresa parecer mais vantajosa que sua liquidação.

A constituição de uma sociedade entre os credores do empresário em crise econômico-financeira como forma de assumirem seu estabelecimento empresarial não é novidade no direito falimentar brasileiro. Os arts.122 e 123 do revogado Dec. Lei n. 7.661/45 já previam esta possibilidade como forma alternativa de realização do ativo patrimonial do devedor falido.[168]

Wilson de Souza Campos Batalha salientou, em comentários ao art. 122 do Dec. Lei n. 7.661/45, importante detalhe sobre esta forma de liquidação do ativo que se aplica também à sua utilização como forma de recuperação

168 *"É possível a realização do ativo nos termos do art. 123 da lei falimentar* (Revogado Dec. Lei n. 7.661/45), *pelo qual se permite aos credores que representem 2/3 dos créditos organizar sociedade para continuação do negócio do falido, em benefício da massa."* BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 3ª Câmara. AI. 583047071, Re. Des. Antônio Amaral Braga, v.u., j.7.6.84. RT 589/185.

judicial da empresa: *"Se essa for a modalidade adotada, os credores dissidentes serão pagos pelo maioria, em dinheiro, na base do preço da avaliação dos bens, deduzidas as importâncias correspondentes aos encargos e dívidas da massa. Como dissidentes não se consideram apenas os que manifestaram sua desconformidade, mas todos aqueles que não participaram da deliberação favorável à constituição da sociedade para continuação dos negócios do falido."* [169]

Operários, de Tarsila do Amaral

A minimização dos efeitos da crise econômica da empresa sobre os postos de trabalho é, sem dúvida, um dos aspectos mais relevantes do instituto da recuperação judicial.

169 BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Falências e Concordatas*. 2ª edição. São Paulo: Ed. Ltr, 1996. P. 622.

II – Modificações nos direitos dos empregados

Embora também sejam credores do empresário em recuperação, seus empregados são tratados de forma especial e específica, já que uma das grandes metas da legislação é, através dos meios de recuperação judicial da empresa em crise, salvaguardar os postos de trabalho por ela gerados.

A recuperação judicial de uma empresa liga-se duplamente à gestão da mão de obra empregada.

Por um lado, o trabalho é um fator de produção essencial à empresa. Não é possível empreender atividade econômica de produção ou distribuição de bens ou prestação de serviços sem contar com o trabalho humano.

Por outro lado, numa economia baseada na livre iniciativa e marcada pelo exercício privado da atividade econômica, constata-se que a atividade empresarial é, sem dúvida alguma, a maior geradora de empregos. Com o número crescente de mão-de-obra disponível, cabe essencialmente às empresas criar os postos de trabalho responsáveis pela absorção desta força de trabalho. A geração de empregos é, sem dúvida alguma, a principal função social desempenhada pela empresa nas modernas economias.

Constata-se, deste modo, que trabalho e empresa são indissociáveis e que a sobrevivência de um depende do outro. Não há empresa sem trabalho. Não há trabalho sem empresa.

Assim, quando a empresa está em dificuldades econômico-financeiras, um dos principais motivos que levam o ordenamento jurídico a tentar reerguê-la é exatamente a busca pela manutenção dos postos de trabalho que ela constitui, admitindo-se, neste intuito, que determinadas prerrogativas inerentes aos empregados possam ser temporariamente retiradas ou reduzidas mediante acordo ou convenção coletiva firmada no curso do plano de recuperação.

A postura dos empregados diante do plano de recuperação da empresa em crise é, por sua vez, objeto de interessante análise por parte de Henrique Vaz Duarte:

"Os créditos emergentes de contrato de trabalho, quando o titular mantém o vínculo com a recuperanda, são naturalmente os primeiros a aceitar e a votar favoravelmente a providência de recuperação da empresa. Com efeito, os créditos em apreço revestem um cariz especial, já que não se tratará apenas de aceitar ou não o seu tratamento/modificação, mas sim procurar a subsistência da relação laboral, directamente conectada com a subsistência da sua principal fonte de rendimento – a própria empresa. Esta prioridade laboral de procura de manutenção de postos de trabalho encontra-se intimamente ligada à recuperação da empregadora e joga sempre a seu favor."[170]

Continua o autor, salientando uma importante consideração:

170 DUARTE, Henrique Vaz. *Questões sobre recuperação e falência...* ob. cit. p. 263

"Diferentemente, nos casos de rescisão de contrato de trabalho, em que acresce a indenização por antiguidade, já não se coloca qualquer intenção solidária de sustentação da recuperanda. Vigorará aqui exclusivamente a satisfação do crédito, o qual, atendendo à sua natureza privilegiada, poderá mais facilmente ser ressarcido na falência do que num plano de amortização deliberado pela assembleia de credores." [171]

A principal das medidas redutoras de direitos trabalhistas encontra-se na possibilidade de redução dos salários ou da jornada de trabalho e na compensação de horários dos empregados.

Sobre a redução da jornada de trabalho é necessário remeter aos artigos 2º, 3º e 4º da Lei n. 4.923, de 23 de dezembro de 1965:

Art. 2º – A empresa que, em face de conjuntura econômica, devidamente comprovada, se encontrar em condições que recomendem, transitoriamente, a redução da jornada normal ou do número de dias do trabalho, poderá fazê-lo, mediante prévio acordo com a entidade sindical representativa dos seus empregados, homologado pela Delegacia Regional do Trabalho, por prazo certo, não excedente de 3 (três) meses, prorrogável, nas mesma condições, se ainda indispensável, e sempre de modo que a redução do salário mensal resultante não seja superior a 25% (vinte e cinco por cento) do salário contratual, respeitado o salário mínimo regional e reduzidas proporcionalmente a remuneração e as gratificações de gerentes e diretores.

171 DUARTE, Henrique Vaz. *Questões sobre recuperação e falência...* ob. cit. P. 264.

Par. 1º – Para o fim de deliberar sobre o acordo, a entidade sindical profissional convocará assembleia geral dos empregados diretamente interessados, sindicalizados ou não, que decidirão por maioria de votos, obedecidas as normas estatutárias.

São requisitos e limites a serem obrigatoriamente observados pelo plano de recuperação da empresa, se o objetivo for implementar tais instrumentos de reerguimento. Vale lembrar ainda que, não havendo acordo entre o empregador e a entidade sindical, o caso deve ser submetido à Justiça do Trabalho com jurisdição na localidade (art. 2º par. 2º da Lei n.4923/65).

Outra exigência é estipulada pelo art. 3º do mesmo diploma legal, não aplicável apenas às funções de natureza técnica:

Art. 3º – As empresas que tiverem autorização para redução de tempo de trabalho, nos termos do at. 2º e seus parágrafos não poderão, até 6 (seis) meses depois da cessação desse regime, admitir novos empregados, antes de readmitirem os que tenham sido dispensados pelos motivos que hajam justificado a citada redução ou comprovarem que não atenderam, no prazo de 8 (oito) dias, ao chamado para a readmissão.

Além da possibilidade de temporária redução salarial ou da jornada de trabalho, o plano de recuperação da empresa pode prever dilação no prazo para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho.

Trata-se, em princípio, de corolário natural do disposto pelo n. I do art. 50, que autoriza o abatimento ou dilação da generalidade das dívidas do empresário em crise como forma de sua recuperação judicial. Porém, em se tratando de créditos de natureza laboral, os limites são mais rígidos.

Embora possam sofrer alterações em seus direitos em prol da recuperação da empregadora, os trabalhadores continuam a ter determinados privilégios, justificados em função do caráter alimentar de sua remuneração e de sua hiposuficiência econômica.

O plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial (art. 54).

Deste modo, se uma das medidas de recuperação da empresa for a dilação no prazo para pagamento de suas obrigações vencidas será necessário que se fixe em no máximo 01 (um) ano a data para liquidação de todo o passivo de natureza trabalhista existente à época do pedido de recuperação.

Outra restrição é a contida no parágrafo único do art. 54 e cuida do pagamento, pelo empresário em recuperação, de créditos de natureza estritamente salarial vencidos à data do pedido de recuperação judicial.

Se o empresário em recuperação apresentava, à época do pedido, débitos de natureza salarial vencidos há

mais de três meses, é obrigatório que tais dívidas sejam honradas nos primeiros trinta dias de implementação do plano de recuperação judicial.

Vale observar que não há necessidade de que sejam completamente pagos os salários atrasados, já que o texto em análise estipula um valor máximo de 05 (cinco) salários-mínimos para cada trabalhador.

"O referido art. 54 mantém preservada a totalidade dos créditos trabalhistas, que entendo abranger, por exemplo, férias + 1/3 CF, 13º salário, adicionais, gratificações, verbas rescisórias, mas flexibiliza de maneira excessiva ao conceder o prazo de 1 (um) ano para o respectivo pagamento; excetuam-se os créditos de natureza puramente salarial, aqui limitados ao módico valor de R$ 1.300,00 (mil e trezentos reais), especialmente se considerarmos que os 3 (três) meses que antecedem o pedido de recuperação podem ser o período de maior agonia financeira da empresa, o que sugere o acúmulo de salários atrasados."[172]

É, deste modo, descartada a hipótese de abatimento no valor das verbas trabalhistas devidas pelo empresário em recuperação, ao contrário do que se tem quanto aos credores de outra natureza. Admite-se apenas a dilação no pagamento dos débitos de caráter laboral e mesmo assim até o prazo máximo de um ano a contar da data do requerimento da recuperação.

172 BALARÓ, Carlos Carmelo. (In): MACHADO, Rubens Aprobatto (org.). *Comentários...* ob. cit. p. 250

III – Alterações na participação dos sócios da sociedade em recuperação

A sociedade empresária em crise tem à sua disposição, pelo art. 50, alguns instrumentos de recuperação ligados aos sócios do empreendimento, como é o caso do aumento no capital social, transferência de quotas ou ações e emissão de novos valores mobiliários pela sociedade.

Cumpre aos integrantes da sociedade em recuperação dar sua parcela de contribuição para a manutenção da empresa em dificuldades. Este auxílio é de particular relevância se for considerado que outros possíveis afetados pela implementação do plano de recuperação, como os empregados e credores, se sentirão particularmente prestigiados se houver a colaboração também dos sócios na busca pela manutenção do empreendimento em crise.

O aumento do capital social como instrumento de recuperação da empresa está diretamente vinculado aos sócios da sociedade empresária em crise e se apresenta como especialmente útil. Representa a direta injeção de novos recursos financeiros no empreendimento como tentativa de, a partir deste novo aporte de dinheiro, promover sua reestruturação econômica.

O capital é fator de produção essencial ao exercício de qualquer atividade empresarial. Não há como produzir ou distribuir bens ou prestar serviços sem um conjunto de recursos materiais e financeiros disponíveis.

Quando se trata de empresário individual ou EIRELI, os recursos financeiros com os quais se exerce a empresa advém originalmente de seu patrimônio, destinado voluntariamente por esta pessoa física ao exercício de sua profissão.

No caso das pessoas jurídicas empresárias, os recursos financeiros com os quais vão atuar advém inicialmente do patrimônio pessoal de seus sócios. A expressão capital social corresponde ao montante do patrimônio social advindo diretamente de contribuições efetuadas pelos sócios da pessoa jurídica.

O capital social pode ser aumentado por diferentes meios. Neste sentido tem-se que novos aportes financeiros dos atuais sócios da sociedade, entrada de novos sócios mediante cessão de quotas ou ações, atualização monetária do valor expresso nos atos constitutivos, reavaliação do patrimônio da sociedade e capitalização de reservas são todos exemplos de situações que acarretam o aumento do capital social.

Vale notar, entretanto, que o aumento do capital social pela simples correção monetária ou atualização do patrimônio da sociedade não acarreta a injeção de novos recursos financeiros no empreendimento. Não há dinheiro novo investido na sociedade em crise econômico-financeira.

A expressão aumento de capital deve ser tomada apenas nas modalidades que acarretam o aporte de novos valores ao empreendimento, como no caso da entrada de

novos sócios para a sociedade mediante cessão de quotas ou ações ou novas contribuições pelos sócios já existentes.

Só assim o aumento de capital configura acréscimo ao patrimônio atual da sociedade e representa tentativa efetiva de reerguê-la da crise econômica em que se encontra.

Antes de elaborado o plano de recuperação judicial prevendo o aumento do capital social como uma das alternativas para recuperação da empresa, é necessário que sejam cumpridos os requisitos legais previstos para a operação.

O aumento do capital social, tanto em uma Sociedade Anônima quanto em uma sociedade limitada, é matéria de competência privativa dos sócios (art. 1.071, V, do Código Civil de 2002 e art. 5º e 122 da Lei n. 6.404/76). Deste modo, os administradores da sociedade ou qualquer outro que venha a elaborar o plano de recuperação da empresa precisa observar tal exigência e somente prever este modo de recuperação se colhida a anterior manifestação dos sócios.

Como bem ressalta Modesto Carvalhosa, em comentários ao art. 1.081 do Código Civil, são necessárias duas assembleias ou reuniões de sócios para a concretização do aumento do capital social em uma sociedade limitada: *"Dessa forma, para a limitada ter seu capital social devidamente aumentado, devem ser realizadas duas reuniões ou assembleias de sócios. A primeira, aprovando o aumento e estabelecendo os procedimentos para sua subscrição, e a*

segunda, homologando-o e aprovando a modificação do contrato social." [173]

A primeira destas reuniões ou assembleias deve ser anterior à apresentação do plano de recuperação. Somente depois que os sócios aceitarem a ideia de aumentar suas contribuições e fixarem a porcentagem de cada um e prazo para sua realização futura é que esta modalidade de recuperação da empresa pode constar do plano.

Aprovado o plano de recuperação judicial, os sócios efetuarão suas novas contribuições. Feito isto, se realiza a segunda assembleia ou reunião, que servirá para homologar o aumento comprometido no plano de recuperação e modificar o contrato social.

Nas sociedades anônimas o procedimento de aumento do capital social é similar:

"A primeira assembleia geral extraordinária, aprovando proposta da administração, autorizará está a tomar as providências necessárias para o aumento do capital social, determinando a forma de sua subscrição – pública ou particular -, a percentagem da entrada inicial, o modo de realização do restante, o prazo para os acionistas exercerem o direito de preferência à subscrição das novas ações, as condições de admissão de estranhos às ações na tomadas pelos acionistas (sobras) etc. (...) Uma vez terminada a subscrição do capital e pagas as entrada iniciais, a administração convocará outra vez a assembleia geral de acionistas, que, verificando a regularidade da subscrição e o cumprimento de todas as

173 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil...* ob. cit. P. 280.

formalidade legais relativas ao aumento de capital, votará a reforma do artigo dos Estatutos a ele relativo."[174]

IV – Recuperação da empresa e alterações no controle societário

O controle sobre a gestão das sociedades empresárias é tema de valioso significado quando se trata de recuperar a empresa em dificuldades econômico-financeiras tendo em vista, por um lado, a sua essencial interferência sobre os interesses alheios ao titular de tal poder e, por outro, o seu potencial de alterar os rumos da atividade exercida pela sociedade.

A Lei n. 11.101/05 e o instituto da recuperação de empresas ali disciplinado se preocuparam sobremaneira com a figura do controle sobre a sociedade empresária, tendo previsto modalidades de recuperação da empresa ligadas a ele.

É inerente ao termo controle, sob qualquer aspecto, a referência à ideia de dominação, de poder, de interferência sobre a esfera jurídica alheia.

"Ora, a evolução semântica, em português, foi influenciada tanto pelo francês como pelo inglês, de tal sorte que a palavra 'controle' passou a significar, correntemente, não

174 CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. P. 412

só vigilância, verificação, fiscalização, como ato ou poder de dominar, regular, guiar ou restringir. (...)

No entanto, a influência inglesa faz sentir-se, hoje, de modo preponderante, nesse particular, e, aos poucos, as nossas leis passam a usar 'controle' sobretudo no sentido forte de dominação, ou na acepção mais atenuada de disciplina ou regulação"[175].

Assim, aquele que a outrem controla impõe sua vontade à conduta deste. Quem controla uma sociedade impõe sua vontade aos atos praticados pela pessoa jurídica. A sociedade age de acordo com a vontade daquele que sobre ela exerce o controle.

O controle é um fato, não um poder. Não há controle que exista apenas em abstrato ou em potência. Assim, como bem ressaltou Fábio Konder Comparato, apoiado em Michel Vanhaecke[176], o controle sobre uma sociedade, dada sua extrema variabilidade, é conceituado como uma noção de fato do que de direito.

Poder de controle é o controle em potência. Ter poder de controle é ter a faculdade de controlar. O controle societário somente existe se esta faculdade é realizada, colocada em prática pelo titular deste poder.

Há controle societário quando de fato (e não apenas em potência) uma pessoa ou grupo de pessoas fazem com que os atos de determinada sociedade se realizem de

---

175 COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983. p. 14

176 COMPARATO, Fábio Konder.*O Poder...* ob. cit p. 32

acordo com sua vontade. Quem impõe efetivamente sua vontade aos atos da sociedade não pode ser tratado e/ou conceituado da mesma forma que aquele ou aqueles que têm a faculdade (o poder) de impor sua vontade ao ente societário, mas, de fato, não o fazem. Na primeira situação há controle societário; na segunda há poder de controle ou controle em potência.

Controlador é a pessoa ou grupo de pessoas físicas ou jurídicas que exercem o controle sobre determinada sociedade. O controle societário é sempre exercido por alguém. É a esta pessoa que se denomina controlador.

O art. 50 da Lei n. 11.101/05, consciente da importância do controle e do controlador da sociedade empresária em situações de crises financeiras, alude a hipóteses de divisão ou substituição no controle sobre a sociedade como forma de realização de sua recuperação judicial.

Entende a Lei n. 11.101/05 que se é o controlador quem determina, nas assembleias gerais, o que a pessoa jurídica deve fazer e qual orientação será dada pelos administradores aos negócios (art. 116 da lei n. 6.404/76), uma sociedade em crise econômico-financeira pode (e invariavelmente deve) sofrer alterações no grupo ou pessoa que exerça o controle societário como forma de buscar reerguer-se.

Sócio controlador é o membro (ou grupo de membros) do corpo social que exerce o controle societário. Sua caracterização está no art. 116 da Lei n. 6404/76 e seu controle se funda sobre sua participação no capital social

(poder político). O controlador será sócio controlador quando se enquadrar em todos os requisitos do citado art. 116.

Sócio controlador é uma espécie de controlador. É aquele controlador que exerce o controle societário em virtude de seu poder político sobre a sociedade. Em outras palavras, é aquela pessoa física ou jurídica - ou grupo de pessoas físicas ou jurídicas unidas por acordo - que exerce, em virtude de sua titularidade sobre o capital social, atos de controle em uma sociedade.

Em qualquer sociedade há controle societário e uma pessoa ou grupo de pessoas que o exerce. Vale observar, porém, que o controle societário se funda em diferentes elementos e não apenas sobre a titularidade da maioria do capital da sociedade.

Deste modo, nem sempre o controlador exerce seu controle com base no poder político sobre a sociedade (participação no capital social). Por este motivo, nem toda sociedade empresária apresenta um sócio controlador.

O controle societário pode ser classificado em duas diferentes espécies, conforme seja exercido por um membro do corpo de sócios ou não. Cogita-se então da possibilidade de controle societário interno e controle societário externo.

*"Não se pode, a nosso ver, recusar a distinção básica entre controle interno e externo. No primeiro caso, o titular do controle atua no interior da sociedade (*ab intus*), lançando mão dos mecanismos de poder próprios da estrutura societária, notadamente a deliberação em assembleia. No segundo, o controle pertence a uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas,*

*que não compõem qualquer órgão da sociedade, mas agem de fora (*ab extra*)".* [177]

Esta classificação é particularmente importante para o estudo da recuperação judicial de empresas, pois permite entender os institutos jurídicos de superação da crise econômico-financeira elencados pelos números III, V e X do art. 50 da Lei n. 11.101/05

"Normalmente, ele [o controle societário] *se funda na participação societária de capital, permitindo que o controlador se manifeste na assembleia geral ou reunião de sócios da empresa controlada. Mas pode também suceder que essa dominação empresarial se exerça* ab extra*, sem participação de capital de uma empresa em outra e sem que o representante da empresa dominante tenha assento em algum órgão administrativo da empresa subordinada. É o fenômeno do chamado controle externo*."[178]

Há três principais modalidades de controle externo: o controle gerencial, o controle contratual e o controle econômico.

O art. 50 da Lei n. 11.101/05 faz referência expressa a modalidades de controle externo (especialmente no que diz respeito ao controle econômico) como instrumento de recuperação judicial da sociedade empresária.

177 COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle...* ob. cit. P. 34.

178 COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial.* 1ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1995. P. 276.

Controle gerencial é a modalidade de controle societário exercido pelos administradores do empreendimento.

"O controle gerencial será o detido por administradores, face à extrema pulverização do capital, o que lhes permitiria, através da obtenção de procurações, perpetuar-se na direção da sociedade."[179]

Não se deve confundir esta modalidade de controle societário com hipótese similar (e muito mais comum) na qual o controle é exercido por sócios - majoritários ou mesmo minoritários - que, além disso, também exercem cargos administrativos.

Para entender o controle gerencial é necessário, antes, remeter à separação entre três diferentes elementos integrantes de qualquer ente societário: o controle, a propriedade e a administração.

Como visto, o controle societário é a imposição, de fato, de uma vontade aos atos praticados pela sociedade. O controle societário é exercido pelo controlador, que orienta as atividades sociais segundo sua vontade.

A propriedade sobre o patrimônio social, por sua vez, pertence aos sócios e orienta-se de acordo com a participação de cada um deles sobre o capital social. Os sócios da sociedade são os titulares das frações ideais que constituem e representam parcelas do capital social. Aqui prevalecem os conceitos de maioria e minoria societária,

179 BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário...* ob. cit. P. 313.

que tomarão como referência, sempre, a titularidade sobre o capital da sociedade.

Por fim tem-se a administração, que, como elemento integrante da concepção de sociedade personificada, constitui-se no poder de condução e representação da pessoa jurídica e da empresa exercida.

É comum, especialmente em sociedades familiares ou fechadas, que uma mesma pessoa ou grupo detenha o controle societário, a maioria da propriedade sobre o capital e, também, ocupe os cargos de administração.

Esta não é uma hipótese de controle gerencial, pois, neste caso, o controle se funda não sobre o poder que este controlador tem sobre a administração, mas sobre a sua participação no capital social. Trata-se, na verdade, de modalidade de controle interno (seja ele majoritário ou minoritário).

Haverá controle gerencial quando os titulares da administração social e não os titulares da propriedade sobre o capital exercerem o controle societário.

Uma sociedade está sob controle gerencial quando os administradores - e não seus sócios, sejam eles majoritários ou minoritários - impõem unilateralmente sua vontade aos atos da sociedade. A vontade que orienta os rumos do empreendimento é única e exclusivamente dos administradores.

Para que se possa falar em controle gerencial é necessário que:

1) os titulares da administração social não sejam também os titulares do capital social - distinção administração/ propriedade do capital.

2) os titulares do capital social estejam de tal forma afastados dos negócios sociais que sequer compareçam pessoalmente às deliberações da sociedade em recuperação, delegando este poder aos administradores.

3) os administradores, dotados da capacidade de deliberação, assumam não apenas a gerência das atividades sociais, mas também a tomada de todas as decisões a esse respeito.

Assim, o exercício desta modalidade de controle assenta-se não só sobre o poder de administração, mas também sobre um mecanismo eficaz de representação dos sócios. Este mecanismo se dá através das chamadas *proxies*, comuns no direito americano e previstas pela Lei n. 6. 404/76: *"Uma proxy é o poder dado por um acionista a outra pessoa para que vote sua participação acionária."*[180]

É exatamente em função da grande pulverização de ações nas sociedades norte-americanas, aliada à frequência na utilização das *proxies,* que o controle gerencial é detectado com mais constância naquele ordenamento.

O n. IV do art. 50 da Lei n. 11.101/05 dispõe que a recuperação da empresa pode centrar-se sobre a substituição

180 *"A proxy is a power given by a shareholder to another person to vote his (or her) share(s) of stock".* VAGTS. Detlev. *Basic Corporation Law – Materials – Cases – Text*. Third Edition. University Casebook Series. The Foundation Press, Inc. Westbury. New York. 1989. P. 807. Tradução livre.

total ou parcial dos administradores da sociedade devedora ou modificação de seus órgãos administrativos. Se a substituição ou modificação ali mencionada acarretar a autonomia dos novos administradores quanto às decisões a serem implementadas na gestão da sociedade em recuperação, desvinculando-os da vontade dos sócios controladores, certamente esta será uma hipótese em que o controle gerencial sobre a sociedade é empregado como forma de implementar sua recuperação.

Fala-se em controle societário externo econômico quando o controlador extrai sua legitimidade da posição de supremacia econômica que, no momento, tenha sobre a pessoa jurídica. A sociedade (e aquele que até então exercia sobre ela o controle) estão em posição de tal dependência econômica em relação a um ou mais de seus credores que lhe(s) permite(m) impor sua vontade aos atos da sociedade.

"Pode mesmo ocorrer que o verdadeiro titular dos poderes decisórios não seja acionista, curvando-se, então, a assembleia geral a uma soberania externa. É o que não raro ocorre, por exemplo, quando grandes companhias, extremamente endividadas perante um banco, passam a submeter-se às decisões deste, em tudo o que diz respeito à necessária reorganização empresarial. O controlador entende, no caso, que para a satisfação de seus créditos é muito mais conveniente agir de fora do que assumir o controle acionário, ou provocar a falência da devedora." [181]

181 COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder...* ob. cit. P. 24/25

Nesta modalidade a pessoa ou grupo que impõe sua vontade à sociedade está atrelada a ela por um vínculo de natureza creditícia. O controle societário será exercido, de fato, por credor ou credores da sociedade.

Vale salientar novamente que controle societário, como foi aqui dito e repetido, é uma noção de fato, não de direito. Esta conclusão, aplicada à modalidade em estudo, permite afirmar que, no controle econômico, há um "controlador" de direito - que, na verdade, nada controla - e um controlador de fato, o qual, na realidade, é o único, pois somente ele orienta, de fato, as atividades sociais.

No controle econômico os atos da sociedade são, de direito, executados de acordo com a vontade ou dos administradores, ou de um grupo de sócios unidos por acordo, ou de um sócio majoritário ou, por fim, de um sócio minoritário. Estes, porém, são "controladores de direito" e não de fato, uma vez que a vontade por eles exarada limita-se a corroborar os desejos manifestados pelo credor ou credores e verdadeiros controladores da sociedade.

Quem controla tem poder de fato, não de direito. Neste caso, portanto, não são os administradores ou sócios que impõem sua vontade aos atos societários e sim o(s) credor(es).

Em se tratando de uma sociedade em recuperação judicial ou extrajudicial, a legitimidade que os credores têm para reivindicar o acesso ao controle societário é ainda mais evidente. O art. 50 da Lei n. 11.101/05 faz referência a duas modalidades de recuperação da empresa baseadas

em alteração do controle societário com consequente instauração de um controle econômico.

Trata-se das constantes dos números V (concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar) e X (constituição de sociedade de credores).

Tem-se, em ambos os casos, que a empresa passa a ser exercida sob direta vontade de seus credores, que terão tal atribuição seja em função de poderem eleger parte dos administradores da sociedade ou de vetar determinadas deliberações sociais, seja de controlar a sociedade por eles constituída para assumir a titularidade e gestão do empreendimento em recuperação.

Por fim, vale também lembrar do chamado controle externo contratual. Assim como no caso do controle "econômico", estará presente, nesta situação, um controlador "de direito" que, entretanto, se limitará a usar seu poder político sobre a sociedade de acordo com a vontade de uma pessoa ou grupo alheio ao quadro de sócios mas que será, de fato (controlador de fato), o único a impor sua vontade aos atos realizados pela pessoa jurídica.

Esta pessoa ou grupo unido por acordo extrairá sua ingerência sobre os "controladores de direito" - e, via de consequência, também sobre a sociedade - de um vínculo não mais de natureza creditícia, como no controle econômico, mas de natureza jurídica, representado, *in casu*, por uma cláusula contratual.

Ao firmarem um contrato de parceria empresarial, duas ou mais sociedades podem acordar que os atos de controle referentes a uma ou mais das participantes serão praticados de acordo com a vontade exclusiva de outra das sociedades contratantes. Ocorrerá, por assim dizer, uma "transferência contratual" do controle societário.

A ideia de controle societário está desvinculada da participação no capital social. O controle societário, configurado pela imposição unilateral de vontade aos atos da sociedade controlada, pode embasar-se sobre diferentes fundamentos, sejam eles de ordem política (participação no capital social), econômica (titularidade de créditos contra a sociedade controlada), administrativa (ocupação dos órgãos de gestão) e, por fim, jurídico, estabelecido mediante acordo de vontades firmado entre o antigo e o novo detentor do controle e através do qual aquele se compromete a exercer seu poder de controle de acordo com as orientações deste.

O sócio ou sócios da sociedade controlada deterão o poder de controle (controle em potência) mas não o controle societário, pois este será conferido, através de cláusula contratual, a um terceiro com quem a sociedade controlada venha a negociar.

Se um acionista (ou sócio em geral) controlador firma contrato pelo qual se obriga a exercer seu poder de controle segundo as orientações do outro contratante, este acionista não mais pode ser chamado de controlador, pois a vontade que orienta os atos da sociedade não mais será a dele, mas

a do outro contratante, que a impõe devido ao contrato firmado.

Embora tal modalidade de controle externo sobre a sociedade não tenha sido expressamente aludida pelo art. 50 da Lei n. 11.101/05, nada impede que também seja implementada como forma de recuperação da empresa.

A sociedade em crise econômico-financeira e sujeita à recuperação judicial ou extrajudicial une-se contratualmente a uma outra para mediante tal parceria - que pode resultar em situação de controle externo contratual sobre a sociedade em recuperação - conseguir reorganizar-se economicamente.

Capítulo X – Alterações na estrutura administrativa da sociedade como instrumento para recuperação da empresa

I – Caracterização legal e atribuições do administrador

A sociedade empresária é, como espécie de pessoa jurídica, uma entidade apta a adquirir direitos e contrair obrigações. É claro, entretanto, que a capacidade da pessoa societária é limitada, se comparada à das pessoas físicas, pois somente está habilitada a praticar atos jurídicos que, diretamente ou não, tenham relação com a atividade econômica por ela desenvolvida.

Vale notar também que, embora dotadas, pela legislação, da capacidade para praticar validamente numeroso elenco de atos e negócios, as pessoas jurídicas, como se sabe, não existem no mundo dos fatos.

Assim, enquanto as pessoas físicas podem manifestar e implementar sua vontade por meio de sua direta interação com os demais sujeitos de direito, as pessoas jurídicas em geral – e as sociedades em particular - necessitam de pessoas físicas que as "corporifiquem" no mundo dos fatos, praticando atos jurídicos em seu nome e interesse.

Desta necessidade advém a figura do administrador, que pode ser definido, sob o aspecto jurídico, como a pessoa

ou o grupo de pessoas físicas legalmente autorizadas a praticar atos jurídicos em nome, por conta e risco da sociedade personificada.

O administrador da sociedade é o instrumento de que se vale a pessoa jurídica para colocar-se diante daqueles com os quais vá praticar algum ato jurídico. É a pessoa ou grupo de indivíduos dotados dos poderes necessários à prática das condutas direta ou indiretamente voltadas para a consecução do objeto da sociedade.

Vale citar, neste sentido, o texto do art. 1.022 do Código Civil brasileiro: *a sociedade adquire direitos, assume obrigações e procede judicialmente, por meio de administradores com poderes especiais, ou, não os havendo, por intermédio de qualquer administrador.*

É de lembrar, entretanto, que a função do administrador em uma sociedade supera – e em muito – a de simplesmente corporificá-la na aquisição de direitos e obrigações. Se, perante terceiros, a principal atribuição da figura do administrador está na sua aptidão para praticar atos jurídicos pela sociedade que administra, internamente seu trabalho ganha outros contornos.

No interior da empresa a administração da sociedade envolve a escolha e implementação de todas as medidas tendentes – ao menos de forma potencial – a conduzir a organização econômica da forma mais produtiva e lucrativa possível. Administrar uma sociedade *"(...) implica responsabilidade em procurar modelar o ambiente econômico; em planejar, iniciar e levar adiante alterações nesse ambiente;*

e em constantemente alargar os limites que as circunstâncias econômicas impõem à capacidade de contribuição da empresa. O possível (as "condições econômicas" do economista) constitui, portanto, apenas um pólo da direção da empresa. O outro pólo é representado pelo que se apresenta como desejável no âmbito do interesse da economia e da empresa. E (...) cabe à direção a tarefa específica de transformar aquilo que é desejável em possível, primeiro, depois em realidade. A administração não é mera criatura da economia; é também criadora. E é apenas na medida em que domine as circunstâncias econômicas e as altere, através de atos conscientemente conduzidos, que ela realmente dirige."[182]

A tarefa do administrador é conduzir a sociedade no exercício da empresa. A sua atribuição jurídica para contrair direitos e obrigações em nome da sociedade é mera decorrência do verdadeiro ônus que possui: empregar seus conhecimentos e habilidades pessoais para, diante das limitações materiais e financeiras e das circunstâncias econômicas que o cercam, gerar lucro a partir da atividade empresarial desenvolvida pela sociedade.

Se os empregados da sociedade contribuem para a empresa com o fator trabalho, os sócios e credores com o fator capital e a natureza com a matéria-prima, cabe ao administrador, em síntese, a tarefa de dar organização a estes fatores de produção, combinando-os de forma a efetivamente transformá-los em uma empresa.

182 DRUCKER. Peter F. *Introdução à Administração*. São Paulo: IOB Thomson. 2004. Pg. 33/34.

Em situações de crise econômico-financeira a atuação dos administradores adquire essencial importância. Se o exercício bem sucedido da atividade empresarial já está irremediavelmente vinculado ao bom exercício das atribuições administrativas em períodos de relativa estabilidade econômica da sociedade, muito mais dependente da competência de seus administradores será a pessoa jurídica societária quando procurar recuperar-se judicial ou extrajudicialmente.

O art. 50 da Lei n. 11.101/05 faz referência à possibilidade de substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos, à governança corporativa e à administração compartilhada como possíveis instrumentos de recuperação judicial ou extrajudicial da sociedade.

II – Natureza jurídica da relação entre administrador e sociedade empresária administrada

A natureza jurídica da relação entre a sociedade empresária, seus sócios e seus administradores é tema sobre o qual já se preocuparam grandes autores do Direito Empresarial, os quais desenvolveram ou aderiram a diferentes teorias sobre o assunto.

Cesare Vivante via na relação entre administrador e sociedade administrada uma modalidade do contrato de

mandato, pelo qual aquele estaria obrigado a colocar em prática a vontade desta.[183]

Assim, o administrador – e também os órgãos por ele integrados, como a Diretoria e o Conselho de Administração – enquanto mandatário da sociedade, não responde patrimonialmente pelos atos praticados, desde que tenha agido nos limites dos poderes a ele conferidos.

Em face desta teoria, o administrador está obrigado a respeitar e cumprir fiel e estritamente a vontade de seus mandantes, representados, no caso, pelos sócios que o tenham escolhido e conferido o exercício de suas funções.

Embora defendida por autor do porte de Cesare Vivante esta concepção foi – e ainda é – alvo de numerosas e agudas críticas face à constatação de que os administradores da sociedade podem manifestar e implementar sua vontade pessoal na gestão dos negócios sociais, o que os diferenciaria da figura do mandatário, a quem incumbe pura e tão somente efetuar, implementar, o desejo do mandante.

É a partir deste pressuposto – qual seja o de que o administrador da sociedade tem poderes para interferir na vontade da pessoa jurídica administrada, ao contrário do que se verifica no caso do mandatário – que Pontes de Miranda concluiu que o administrador da sociedade é, na verdade, um órgão da pessoa jurídica: *"o órgão não representa, presenta. A pessoa jurídica é que assina o título de crédito, ou qualquer título circulável, ou o instrumento público ou particular de*

183 VIVANTE. Césare. *Tratado de derecho mercantil*. 1ª ed. Madrid: Réus, v. II, 1932. Pg. 285 e seg.

contrato, ou qualquer ato jurídico, negocial ou não, posto que a mão que escreve seja a do órgão da sociedade, uma vez que o nome de quem materialmente assina integre a assinatura. A pessoa jurídica pode outorgar poderes de representação. Mas o órgão tem outros poderes, que resultam de sua investidura, na conformidade dos atos constitutivos ou dos estatutos, ou de lei. O representante figura em nome do representado; o órgão não é figurante; quem figura é a pessoa juridica ela se vincula em seu próprio nome"[184].

Seguindo a linha apontada por Pontes de Miranda, vários foram os autores que aderiram à teoria do administrador como órgão da pessoa jurídica. Há, porém, uma importante ressalva a ser feita quanto à aplicação desta teoria à relação entre administrador, sócios e sociedade empresária administrada. Para isto é necessária uma breve incursão no Direito Administrativo, que tão bem explica e estuda a questão.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello expõe as diferentes formas de explicar a natureza jurídica do órgão, classificando-as em duas grandes vertentes:

1 – corrente subjetiva – identifica o órgão com a pessoa física que integra. *"Assim, os órgãos do Estado seriam o Presidente da República, os Deputados, os Senadores, os Magistrados no desempenho das competências que lhes fossem próprias. Por caber a essas pessoas físicas o exercício*

184 PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos. Vol. 49, 1961. Pg. 113.

de determinadas atribuições do Estado, confundiriam-nas com os órgãos desse organismo moral."

2 – corrente objetiva – desvincula o órgão da pessoa que o compõe. O órgão é cada uma das unidades de competências legalmente fixadas. *"Assim, o órgão do Estado seria a Presidência da República, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, a Magistratura, com as competências que lhe são próprias. Por caber a essas unidades funcionais parcelas específicas de poderes e deveres dos negócios do Estado, confundiram-nas com os órgãos desse organismo moral.*[185]" Esta orientação é seguramente mais adequada para explicar a relação administrador-sociedade-sócios.

A administração da sociedade realmente encontra-se estruturada a partir da noção órgão social, entendido como grupo de competências legalmente fixadas. A Diretoria e o Conselho de Administração das Sociedades Anônimas, por exemplo, são núcleos de atribuições normativamente organizados para melhor gestão do objeto da sociedade e dos sócios.

Não se deve confundir, entretanto, tais órgãos com as pessoas físicas que os componham, os chamados agentes. O órgão não se confunde com a pessoa que o integra. A Diretoria é um órgão; os diretores são agentes deste órgão. O Conselho de Administração é um órgão; os Conselheiros de Administração são agentes deste órgão.

185 BANDEIRA DE MELLO. Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, Vol. II, 1974. Pg. 78 e seg.

Os administradores são pessoas que agem por conta da sociedade empresária. São escolhidos pela vontade social (que, no caso das sociedades empresárias, emana da vontade de seus sócios) para legitimamente exercerem as atribuições referentes ao órgão do qual passam a ser agentes. Praticam atos na condição de agentes dos órgãos sociais.

O agente público é investido nos seus poderes por diferentes meios legalmente fixados (provimento em cargo, admissão em função etc.) e torna-se responsável por implementar a vontade do Estado.

O administrador de sociedade empresária é investido nos seus poderes pela vontade dos sócios, mas, uma vez no exercício de suas funções, ele tem que implementar não a vontade dos sócios que o tenham escolhido (como ocorreria no caso do mandato) mas a vontade da pessoa jurídica.

A função dos administradores é diferente da do mandatário. Este põe em prática a vontade do mandante. Os administradores põem em prática a vontade da pessoa jurídica, não dos sócios que os elegeram. Devem os administradores exercer suas funções no interesse da pessoa jurídica a quem os seus atos são imputados, de forma análoga ao que se verifica entre os agentes públicos e o Estado.

III – A separação entre a propriedade e a gestão das sociedades empresárias

A administração de uma sociedade empresária exige do administrador conhecimentos que, em boa parte das vezes, os sócios do empreendimento não apresentam. Os sócios são as pessoas que se dispõem a agrupar seus recursos financeiros disponíveis na constituição de uma sociedade para, através do exercício de uma empresa, obterem lucro, aumentando o capital investido quando da constituição da pessoa jurídica.

É regra geral, no momento da constituição da sociedade, quando a empresa é ainda incipiente, que os próprios sócios se dediquem à tarefa de administrá-la. Porém, com o sucesso do empreendimento e consequente aumento de complexidade, torna-se necessário contar com a ajuda de profissionais formados na tarefa de administrar o negócio.

Neste momento é comum que os sócios, empreendedores dotados ao mesmo tempo de iniciativa empresarial e recursos financeiros para investir nesta atividade, não tenham a formação acadêmica, a experiência profissional ou mesmo condições físicas de desempenhar todas as tarefas administrativas que, com o evoluir da empresa, tornam-se essenciais ao seu bom desempenho.

"A maior parte das empresas nasce de fundadores-proprietários, que inicialmente acumulam as funções de proprietários e gestores. À medida que as empresas crescem e,

com o passar do tempo, seus fundadores morrem, nem sempre os descendentes reúnem as condições ou tem interesse em substituí-los, mas herdam a propriedade. O processo inevitável é então o de separação entre a propriedade e a gestão – um processo que avança e se desdobra com o correr do tempo, tornando a propriedade ainda mais dispersa entre milhares de acionistas não organizados, cada vez mais afastados da administração diária dos negócios.[186]"

Nas Sociedades Limitadas, cuja estrutura é mais adequada a pequenos e médios empreendimentos, a legislação pressupõe um perfil mais ou menos uniforme dos sócios. A Sociedade Limitada deve ser composta por pessoas de condições econômicas, técnicas e intelectuais muito semelhantes. São pessoas de uma mesma família, colegas de profissão ou amigos que se agrupam face à mútua confiança e credibilidade. Constituem a sociedade com o objetivo de exercerem uma atividade empresarial sobre a qual todos tenham algum grau de conhecimento, o que os habilita, no momento inicial do empreendimento, a praticar diretamente a gestão.

Apenas numa fase posterior, com o já comentado aumento na complexidade da atividade empresarial, é que se poderá ter a cisão entre a propriedade das quotas e a administração da sociedade, com o objetivo de tornar mais eficiente a gestão social.

186 ROSSETTI. José Paschoal. ANDRADE. Adriana. *Governança Corporativa – fundamento, desenvolvimento e tendências*. São Paulo: Atlas. 2004. P.43.

A separação entre os proprietários (sócios) da Sociedade Limitada empresária e seus administradores é benéfica e mesmo recomendável. Os sócios da sociedade afastam-se de boa parte das tarefas administrativas da empresa, outorgando-as a outros profissionais mais qualificados tecnicamente para a função.

Nas Sociedades Anônimas, por outro lado, tal cisão é pressuposta pela legislação. A Sociedade Anônima, por excelência o formato jurídico da grande empresa, deve agrupar, espera a legislação, um número potencialmente grande e diversificado de sócios (acionistas).

> O grupo de acionistas naturalmente tende a reunir pessoas com diferentes objetivos profissionais e pessoais, além de apresentarem grandes disparidades econômicas, técnicas e intelectuais. Em uma genuína Sociedade Anônima são encontrados inúmeros perfis de acionistas.
>
> Tem-se, a título de exemplo, aqueles com interesses exclusivamente especulativos, que compram e vendem ações constantemente com o único objetivo de lucrar com tais transações, outros que procuram os dividendos gerados pelos lucros da empresa e, também, os que pretendem ter o controle sobre a companhia.

Embora sejam pessoas de características potencialmente tão diferentes, não é recomendável que a administração do empreendimento fique diretamente a seus cuidados, dada a complexidade inerente a

empreendimentos de tal potencial econômico e o fato de que a uns falta capacidade técnica para a gestão e a outros falta interesse em assumir esta tarefa, havendo também aqueles que não dispõem de número suficiente de ações para se elegerem.

Deste modo, a Lei das Sociedades Anônimas procura viabilizar e implementar a divisão da função de administrar a sociedade entre diferentes pessoas ou grupos investidos legalmente de tais atribuições.

IV – Administração singular e colegiada na legislação brasileira

É válido classificar a forma pela qual os administradores de sociedades empresárias estão organizados, para o exercício de suas funções, segundo alguns importantes critérios.

Há o modo colegiado, em que os administradores deliberam entre si, por maioria de pessoas (não de capital), e extraem uma única resolução a ser implementada conjuntamente por todos.

Neste caso, o integrante da administração não tem, isoladamente, qualquer poder decisório, podendo apenas manifestar sua vontade no interior do colegiado de administradores. É assim que funciona, por exemplo, o Conselho de Administração das sociedades anônimas.

Há, por outro lado, a modalidade singular, que é aquela em que cada administrador tem poderes para tomar, isoladamente, qualquer medida inerente às suas atribuições contratual ou estatutariamente estabelecidas, vinculando a sociedade sem necessidade de consentimento dos outros administradores eventualmente existentes.

Neste sentido é, por exemplo, a atuação dos diretores de uma sociedade anônima que, salvo regra diversa estabelecida pelos estatutos da companhia, têm poderes para isoladamente exercerem suas funções e contraírem obrigações pela pessoa jurídica.

É também possível classificar a forma de exercício da administração da sociedade empresária conforme seja realizada por um único órgão ou dois. Fala-se, então, em sistemas unitário e bipartido.

"Com efeito, na esfera da administração das companhias, os sistemas adotados universalmente são, basicamente, dois: (i) o unitário, tradicional, correspondente a um estágio menos desenvolvido, que se cinge a apenas um órgão diretivo, e que propicia, pelo absenteísmo dos acionistas, o controle gerencial, e (ii) o bipartido, relativamente recente, que distribui o exercício da administração entre dois órgãos diferenciados (conselho de administração e diretoria).[187]"

A administração de uma Sociedade Anônima, de maneira análoga ao que se verifica quando se trata da

187 CAMARGO. João Laudo de. BOCATER. Maria Isabel do Prado. Conselho de Administração: seu funcionamento e participação de membros indicados por acionistas minoritários e preferencialistas. In: LOBO. Jorge. (Org.). *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2003. Pg. 388.

administração da máquina estatal, envolve grande número de providências, que se tornam mais complexas à medida que cresce o poderio econômico do empreendimento.

Tanto no caso das Sociedades Anônimas privadas quanto do Poder Público o legislador percebeu que atribuir a uma única pessoa ou grupo competência para realizar toda a gama de providências necessárias à gestão seria altamente ineficiente. A lei então separa as diferentes providências administrativas e, organizando-as em conjuntos mais ou menos harmônicos, as atribui a um ou mais indivíduos.

Assim, cada indivíduo ou grupo passa a ter competência para realizar apenas aquelas providências que lhes foram conferidas pela legislação, não podendo interferir ou praticar os atos atribuídos pela lei a outros indivíduos ou grupos.

No caso do Poder Público isto fica muito claro. Tome-se por exemplo as diferentes Secretarias Estaduais. Cada uma delas é encarregada de determinados setores da Administração Pública estadual. A Secretaria de Segurança Pública, a Secretaria de Saúde, a Secretaria de Educação e todas as outras têm competência legal para a prática de variado rol de providências, mas todas vinculadas entre si e apartadas das competências das demais Secretarias. O termo órgão público representa exatamente cada um destes "centros de atribuições" conhecidos e disciplinados pelas normas que tratam da organização da Administração Pública.

A disciplina da matéria nas Sociedades Anônimas é similar. A lei procurou elencar as providências necessárias ao funcionamento da sociedade e as repartiu entre as diferentes "unidades de atribuições" componentes da estrutura societária, cada qual a partir de então adequadamente denominadas órgãos sociais.

Assim, o sistema de administração da Sociedade Anônima é bipartido, posto que dividido entre Conselho de Administração e Diretoria e combina a forma singular, característica da Diretoria, com a forma colegiada, típica do Conselho de Administração.

Já no que diz respeito à Sociedade Limitada, o Código Civil deixou a cargo do contrato social decidir se cada administrador poderá agir isoladamente (forma singular de administração) ou apenas em conjunto, como integrante de órgão colegiado.

Em caso de omisso o contrato social, a administração da Sociedade Limitada realiza-se por uma ou mais pessoas nomeadas na forma legal e que poderão isoladamente implementar qualquer medida atinente às suas atribuições legais e contratuais (administração singular). Com o poder de agir isoladamente o administrador vincula a sociedade e os demais gestores com as providências que efetua.

Assim, enquanto a Lei das Sociedades Anônimas conhece e regula expressamente a repartição das funções administrativas entre dois diferentes órgãos (o Conselho de Administração e a Diretoria) a Sociedade Limitada apresenta, em princípio, uma ou mais pessoas que, no

exercício da administração do empreendimento, terão para si a generalidade das atribuições inerentes à função (art. 1.015 do Código Civil).

Tal medida é plenamente justificável tendo em vista que a Sociedade Limitada representa um modelo societário menos elaborado que as anônimas, adequando-se às micro, pequenas e médias empresas que, muitas vezes, não apresentam a complexidade administrativa que justifica a criação dos diferentes órgãos sociais.

Com o Código Civil de 2002 a legislação das Sociedades Limitadas também passa a exibir, ao menos potencialmente, a repartição de competências aqui tratada, uma vez que admite expressamente a possibilidade de existência do Conselho Fiscal e da Assembleia de Sócios que, juntamente com os administradores, compõem os órgãos deste modelo societário.

Nada há que impeça também a criação de um sistema bipartido de administração, com a previsão de um Conselho de Administração pelo contrato social da Sociedade Limitada.

"Diante da flexibilidade contratual que se permite à sociedades limitadas, sua administração poderá ser formada por apenas um órgão de administração, composto por administradores que equivaleriam aos diretores da sociedade anônima, ou poderá ser formada, se assim dispuser o contrato social, por um conselho de administração, que neste caso funcionará, como já referido, sob as regras das sociedades anônimas desde que haja a indicação no contato social

da Lei do Anonimato como supletiva das omissões legais e contratuais.

Se a sociedade limitada optar por uma administração unitária, com apenas um órgão semelhante à diretoria, poderá ainda livremente regular a estrutura dessa administração, instituindo um ou vários cargos de administrador – já que a lei na estabelece limite mínimo ou máximo par ao número de administradores -, para os quais o contrato social deverá estabelecer a distribuição de funções e a forma de representação[188]".

O contrato social pode optar por dividir as providências administrativas e conferir cada grupo de atribuições a uma única pessoa ou conjunto de pessoas encarregadas de implementá-los. Têm-se, nestas hipóteses, uma administração baseada em órgãos sociais, nos moldes das Sociedades Anônimas e, em maior escala, da Administração Pública.

Há, nestes casos, um administrador (também chamado diretor) para a área financeira, um para o setor de recursos humanos, outro para a área jurídica e assim por diante, sempre segundo a conveniência e vontade dos sócios.

Trata-se de uma forma administrativa mais elaborada e complexa, que somente se justifica quando o empreendimento desenvolvido pela sociedade alcança tal

188 CARVALHOSA. Modesto. *Comentários ao Código Civil.* Ed. Saraiva: São Paulo. 2009. pg. 108.

nível de poderio econômico que torna ineficiente (ou mesmo inviável) atribuir-se toda a administração a um único órgão.

"Quando a limitada explora atividade econômica de pequena ou média dimensão, são os próprios sócios (ou parte deles) que exercem, indistintamente, os atos de administração, agindo em conjunto ou separadamente. Uma situação corriqueira, aliás, é a do sócio majoritário empreendedor como o único administrador. À medida, contudo, que a sociedade se dedica a atividades de maior envergadura, a administração da empresa se torna mais complexa, e reclama maior grau de profissionalismo. Então, as tarefas gerenciais ou administrativas tendem a ser repartidas, entre os sócios e profissionais contratados, em áreas compartimentadas da gestão empresarial (administrativa, comercial, de produção, financeira etc.)[189]"

O Código Civil, ciente de que tal modelo societário é utilizado tanto por micro empreendimentos, quanto por outros de porte bastante significativo, optou por deixar a cargo do contrato social a decisão sobre a distribuição ou não de competências administrativas entre diferentes órgãos.

189 COELHO. Fábio Ulhôa. *A sociedade limitada no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva. 2003. Pg. 51.

V – Principais deveres e responsabilidade civil do administrador

Tanto a Lei das Sociedades Anônimas quanto o Código Civil – referente às Sociedades Limitadas - aderiram ao princípio da demissibilidade *ad nutum* dos administradores. *"No sistema jurídico brasileiro, o gerente da sociedade por quotas, tal como ocorre com o diretor de sociedade anônima, é demissível ad nutum, isto é, a todo tempo e sem que seja necessário justificar o afastamento.*[190]"

Decorrência dos deveres impostos aos administradores de sociedades é a obrigação de não expor o empreendimento e a pessoa jurídica a riscos excessivos, que possam ocasionar sua ruína financeira. O filme "O dia antes do fim" (*Margin Call*. Direção: J.C. Chandor. Estados Unidos. 2011) aborda a gestão temerária e suas consequências para empresas e mercado, tendo como cenário a crise financeira de 2008.

190 LUCENA. José Waldecy. *Das Sociedades Limitadas*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2000. Pg. 391.

Assim os administradores, como pessoas encarregadas de implementar a empresa exercida pela sociedade, somente ficarão no exercício de suas funções enquanto seu trabalho agradar aos sócios integrantes da sociedade.

A demissão do administrador, entretanto, não lhe acarreta a responsabilidade de indenizar à sociedade os prejuízos que eventualmente tenha ocasionado com seu trabalho. Esta responsabilidade somente existirá caso o administrador tenha violado algum de seus deveres legais.

Osmar Brina Corrêa Lima salienta que os administradores de sociedades empresárias têm, em essência, o dever de atuarem com diligência no exercício de suas funções. Para melhor sistematização do assunto opta, entretanto, por dividir este preceito fundamental de conduta em três diferentes modalidades: o dever de obediência, o de diligência e o de lealdade.

O administrador de Sociedade Limitada ou o diretor da Sociedade Anônima, por terem autorização para contrair obrigações em nome e por conta do patrimônio da pessoa jurídica, devem empregar toda a sua capacidade técnica e profissional no desempenho de suas funções. Este dever, comumente conhecido por dever de diligência, encontra sua inspiração na figura do *bonus pater famílias* romano e está expressamente consagrado, como orientador da conduta dos administradores de sociedades, tanto pela Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76) quanto pelo Código Civil de 2002:

É o art. 1. 011 do Código Civil: *o administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.*

Este texto praticamente repete o art. 153 da Lei das Sociedades Anônimas, que determina: *O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.*

Tem o administrador da sociedade empresária a obrigação de dedicar, aos negócios que praticar nesta condição, toda a sua atenção, cuidado e perícia de modo a objetivar, sempre, o sucesso do empreendimento. O administrador diligente deve, em síntese, procurar sempre a eficiência em todos os atos que pratique no exercício de suas funções.

O oposto do administrador diligente é o administrador negligente, que cumpre suas funções profissionais sem os devidos cuidados e atenção pessoais ou sem os conhecimentos técnicos que, pressupõe-se, tenha acumulado para exercer a função.

São os dispositivos legais citados de padrões de conduta abstratamente fixados pelo legislador como forma de orientar o trabalho de juízes e intérpretes na análise de cada caso concreto.

Deste modo, apenas diante das circunstâncias de cada situação particular é possível constatar se um

administrador violou ou não os padrões de conduta diligente fixados abstratamente pelo legislador.

Ressalte-se também, por outro lado, que o dever de diligência do administrador da sociedade não alcança o sucesso de seus atos. O fato de a atuação do administrador não refletir, do ponto de vista econômico, o sucesso esperado pelos sócios não significa que tenha ele sido negligente.

Osmar Brina Corrêa-Lima analisa tal aspecto face aos postulados da Administração: *"É bom deixar bem claro que a sociedade, o direito, a lei e o bom senso só exigem do administrador, qualquer que seja ele, e qualquer que seja a empresa ou coisa administrada, os mais elevados padrões éticos. Informação, decisão e ação são os passos da atividade administrativa, escandidos pela ciência da administração de empresas. Cada um desses passos requer um requisito essencial, que são, respectivamente, verdade, sabedoria e coragem. Além disso, para que a caminhada conduza a uma direção correta, o ambiente deve ser de boa-fé*."

O dever de diligência do administrador está em empregar todos os seus esforços, conhecimentos e cuidado na gestão do empreendimento sem, porém, garantir a consecução dos objetivos econômicos esperados pelos sócios. A administração mal sucedida não pode ser confundida com administração negligente

De forma análoga ao que se verifica em relação aos agentes da Administração Pública, o administrador de sociedade empresária não pode praticar, pela pessoa jurídica a ele confiada, nenhum ato jurídico que não esteja

abarcado dentro dos limites fixados pela lei ou pelos atos constitutivos.

Denomina-se dever de obediência à obrigação que os administradores de sociedades privadas têm de respeitar os limites estabelecidos por lei ou pelos atos constitutivos no exercício de sua atividade.

Extrai-se do texto do art. 158 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76) a consagração do dever de obediência, uma vez que, segundo esta norma, o administrador responderá pelos atos que praticar com violação da lei ou dos estatutos.

O art. 47 do Código Civil também consagra o dever de obediência nas Sociedades Limitadas, ao estabelecer que a pessoa jurídica se obriga pelos atos de seus administradores desde que exercidos nos limites de seus poderes definidos pelos atos constitutivos.

O ato que o administrador pratica sem ter, por lei ou pelos atos constitutivos da sociedade, competência para tal viola seu dever de obediência e é tradicionalmente conhecido por ato *ultra vires*.

Por outro lado, o administrador de sociedade empresária, no exercício de suas funções, deve ter em vista exclusivamente o interesse da pessoa jurídica por ele representada. Jamais deve colocá-lo de lado em função dos interesses de terceiros ou mesmo do seu próprio. É esta a noção que perpassa o chamado dever de lealdade, inerente a todos os administradores de sociedades.

O Código Civil se refere a este dever em seu art. 1.017: *O administrador que, sem consentimento escrito dos sócios, aplicar créditos ou bens sociais em proveito próprio ou de terceiros, terá de restituí-los à sociedade, ou pagar o equivalente, com todos os lucros resultantes, e, se houver prejuízo, por ele também responderá.*

Parágrafo único. Fica sujeito às sanções o administrador que, tendo em qualquer operação interesse contrário ao da sociedade, tome parte na correspondente deliberação.

Já na Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76) este dever se encontra dividido entre os art. 154 a 157, que cuida de situações como o conflito de interesses e o *insider trading*.

Consagra-se, por meio destes dispositivos legais, o preceito geral segundo o qual os administradores da sociedade não poderão tomar parte nas deliberações ou atos em que tenham interesse contrário ao da pessoa jurídica.

Capítulo XI – Alterações na estrutura jurídica ou no estabelecimento da sociedade empresária como instrumentos de recuperação da empresa

I – Fusão, incorporação, cisão ou transformação da sociedade. Constituição de subsidiária integral ou sociedade de propósito específico

As sociedades empresárias são instrumentos que propiciam o agrupamento do esforço pessoal e do capital de diversos indivíduos (os sócios) com o objetivo de aumentar o potencial econômico da atividade a ser exercida por eles.

Sociedades empresárias economicamente mais poderosas têm maiores possibilidades de enfrentar a concorrência interna e externa (traço característico de uma economia fortemente marcada pela livre concorrência e globalização), produzir bens ou serviços de melhor qualidade, resistirem às eventuais instabilidades e crises econômicas e às possíveis mudanças na política pública.

O que dizer, então, se há o agrupamento de sócios e patrimônio de diversas sociedades empresárias em uma única, que passa a exercer, com capacidade econômica redobrada, a empresa. A concentração de sociedades é hoje um eficaz instrumento para, através da união do patrimônio e dos sócios das diferentes pessoas jurídicas, constituir entes societários mais vigorosos e estáveis, econômica e

financeiramente aptos a enfrentar as variáveis de mercado e de política pública já apontadas.

Patrick A. Gaughan, em valioso trabalho sobre o tema, disserta sobre as possíveis vantagens advindas de uma operação de concentração empresarial, ordenando-as em quatro grandes hipóteses: crescimento, sinergia, diversificação e motivos econômicos[191]:

. Crescimento – refere-se ao aumento da própria capacidade material e econômica do empreendimento. Segundo o autor, as sociedades empresárias, em sua constante busca por expandir seu empreendimento, devem optar entre fazê-lo através do aumento de sua própria organização econômica ou por meio de operações de fusão ou incorporação.

. Sinergia – Trata-se de um termo originalmente utilizado pelas ciências naturais para nomear situações em que dois ou mais elementos químicos são combinados e, em função disso, acabam por produzir um efeito muito maior do que aquele isoladamente alcançado.

Ao se valer do termo sinergia em matéria de concentração empresarial, o objetivo do autor é salientar que tais operações são usadas também como forma de agrupar empresas que se completam mutuamente e que, uma vez combinadas, são capazes de gerar efeitos muito mais significativos do que aqueles que geravam isoladamente.

191 GAUGHAN. Patrick A. *Mergers, acquisitions and corporate restructurings*. 3ed. Ed. New York: John Wiley & Sons Inc. 2002. P. 11-164.

"Expressa simplificadamente, sinergia se refere ao fenômeno 2 + 2 = 5. Em fusões isto se traduz pela habilidade de uma combinação de companhias ser mais lucrativa do que as partes individuais das empresas que foram combinadas.[192]*"*

. Diversificação – a concentração empresarial naturalmente proporciona às sociedades empresárias envolvidas a possibilidade de oferecer uma gama maior de produtos ou serviços, com a consequente atuação em mercados diferentes daqueles originalmente ocupados.

. Razões econômicas – A concentração empresarial é também uma forma de aumentar o poder de influência das empresas envolvidas sobre o preço dos produtos ou serviços oferecidos, a quantidade ofertada ou sobre a divisão do mercado destes bens. Gaughan se refere então a integrações horizontais e verticais: "Integração horizontal se refere ao aumento da porção do mercado e do poder no mercado que resulta de aquisições e fusões de rivais. Integração vertical se refere a fusões ou aquisições de companhias que têm entre si uma relação de comprador-vendedor.[193]"

Há, além destes, outros elementos que justificam o constante aumento no número de operações de concentração de sociedades empresárias. São alguns deles:

---

192 GAUGHAN. Patrick A. *Mergers, acquisitions and corporate restructurings*. 3ed. Ed. New York: John Wiley & Sons Inc. 2002. P. 115.

193 GAUGHAN. Patrick A. *Mergers, acquisitions and corporate restructurings*. 3ed. Ed. New York: John Wiley & Sons Inc. 2002. P. 136.

. redução de ineficiências administrativas;

. aumento na capacidade de pesquisa ou de desenvolvimento de novos produtos:

. aprimoramento da distribuição dos produtos ou serviços oferecidos;

. planejamento tributário.

Não surpreende, portanto, que a Lei n.11.101/05 apresente, como instrumentos de implementação da recuperação judicial de uma empresa, operações que levem ao agrupamento da sociedade em recuperação a outras, saudáveis economicamente e que herdarão seus sócios, bens e créditos, assim como sua fatia no mercado.

Cisão, incorporação, fusão e transformação de sociedades empresárias são todas operações disciplinadas tanto pela Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76) quanto pelo Código Civil.

A operação estará sujeita à disciplina do Código Civil quando não envolver, seja antes ou depois de efetuada, a participação de sociedade anônima. Assim se, por exemplo, uma Sociedade Limitada for incorporada por outra, aplicam-se à operação os artigos 1.113 a 1.122 do Código Civil de 2002. Já se, por exemplo, uma Sociedade Anônima for incorporada a uma Sociedade Limitada (ou vice-versa) a operação será regida pela Lei das S.A.

Embora haja duplicidade de regimes jurídicos, as operações de incorporação e fusão são, em seus aspectos fundamentais, exatamente as mesmas sob o ponto de vista do Código Civil de 2002 ou da Lei n. 6.404/76. Tal similitude

pode ser expressamente observada a partir da definição que ambos os diplomas trazem dos institutos em questão:

A respeito da definição legal de incorporação, veja-se o texto do art. 1.116 do Código Civil de 2002:

Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos.

Segue o texto do art. 227 da Lei n. 6.404/76, também referente à operação de incorporação de sociedade:

A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

Já sobre o instituto da fusão, cabe inicialmente a transcrição do art. 1.119 do Código Civil de 2002:

A fusão determina a extinção das sociedades que se unem para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações.

E também o art. 228 da Lei n. 6.404/76:

A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.

Fusão e incorporação são modalidades de concentração societária, tendo em vista que, ao final da operação, restará, em ambos os casos, um número menor de sociedades personificadas do que o existente anteriormente.

Além deste, outro importante ponto em comum entre estas duas operações está no fato de que as sociedades resultantes tanto de uma fusão quanto de uma incorporação respondem por todas as obrigações anteriormente assumidas não apenas por si próprias, como também pelos débitos constituídos em nome das sociedades incorporadas ou fundidas, estando aí a razão principal de sua referência como forma de recuperação da sociedade empresária em crise econômico-financeira.

Assim, os credores das sociedades envolvidas em uma fusão ou incorporação têm garantida a manutenção do valor e da natureza de seus créditos, o que muito se liga à viabilidade de um procedimento de recuperação de empresas.

Por outro lado, chama a atenção como característica fundamental da incorporação - e elemento distintivo em relação à fusão - o fato de que as sociedades objeto de incorporação (chamadas sociedades incorporadas) deixam de existir após a operação, cessando sua personalidade jurídica, ao contrário do que ocorre com relação à incorporadora, que já existia antes da operação e agora continuará sua empresa com novos sócios, bens, contratos, débitos e créditos oriundos das sociedades por ela incorporadas.

Denominam-se sociedades incorporadas aquelas que serão absorvidas por outra, em uma operação de incorporação. O termo absorção implica que as sociedades incorporadas deixarão de existir como entes personificados

e que seus bens, sócios, obrigações e créditos passarão à titularidade de outra sociedade – a incorporadora - que irá sucedê-las.

"A incorporação consiste, portanto, na absorção de uma sociedade por outra, com os seguintes efeitos: a) unificação dos corpos sociais das duas sociedades; b) os sócios da incorporada passam a ser sócios da incorporadora; c) a unificação de patrimônios; d) o patrimônio da incorporada é consolidado no da incorporadora, que a sucede universalmente; e) a extinção da incorporada, sem liquidação: apenas a pessoa jurídica incorporadora continua a existir após a operação[194]".

Em uma operação de fusão também ocorre, como se pode ver dos textos legais assinalados, a absorção de uma ou mais sociedades por outra. As sociedades que são absorvidas por outra, em uma operação de fusão, são chamadas de sociedade fusionadas e tal absorção tem a mesma amplitude que numa incorporação (implicando assim a integralidade de obrigações, créditos, sócios, contratos e bens).

A distinção fundamental entre uma operação de fusão e de incorporação está na circunstância de que, na primeira delas, a pessoa jurídica que absorve as sociedades fusionadas é uma sociedade nova, constituída de fato e de direito no momento da realização da operação.

Já na operação de incorporação a sociedade incorporadora (sucessora das incorporadas em todas as

194 LAMY FILHO. Alfredo. BULHÕES PEDREIRA. José Luis. *A Lei das S.A*. ob. Cit. Pg. 560.

suas obrigações, débitos, créditos, contratos e sócios) preexiste à operação, ou seja, é uma sociedade que já se constituíra anteriormente e que, deste modo, já contava com seus próprios sócios, bens, débitos e créditos, mas passa, a partir da incorporação, a funcionar acrescida dos bens, débitos, créditos, contratos e sócios das incorporadas.

A maior preocupação do legislador, ao cuidar das operações de incorporação e fusão, é certamente com o interesse dos credores das sociedades fusionadas ou incorporadas.

Em função disso, resta expresso, nos artigos citados, a essencial responsabilidade, pelas sociedades resultantes destas operações de concentração, por todas as obrigações assumidas em nome das sociedades fusionadas ou incorporadas.

Assim, nos casos de fusão ou incorporação como instrumentos de recuperação judicial de empresa, a sociedade incorporadora ou aquela que se constitua a partir das envolvidas na fusão não pode deixar de assumir os débitos deixados pela sociedade que se pretende recuperar judicialmente.

"Aspecto importante a ser considerado tem que ver com aproveitamento, ou não, de eventuais prejuízos existentes na sociedade em crise. A norma fiscal impõe o levantamento de balanços nas datas de realização de operações de reorganização societária e o pagamento de tributos quanto houver lucros, bem como impede a compensação de prejuízos de uma sociedade com lucros existentes na outra. A apropriação

do prejuízo far-se-á em parcelas, sendo que os eventuais prejuízos da sociedade em crise, seja ela incorporada por ou incorporadora de outra lucrativa, só poderão ser aproveitados para reduzir lucros gerados posteriormente à operação."[195]

A realização de uma operação de fusão ou incorporação passa necessariamente pela aprovação dos sócios de todas as sociedades envolvidas.

Caso a operação esteja sob a disciplina do Código Civil, as sociedades incorporadas devem submeter aos seus sócios, em assembleia ou reunião convocada para este fim, as bases da operação e o projeto de reforma dos atos constitutivos da sociedade incorporadora (art. 1.117).

Já os sócios da sociedade incorporadora irão deliberar sobre tais documentos e, também, sobre a nomeação dos peritos responsáveis pela avaliação do patrimônio líquido das sociedades incorporadas.

Aprovadas tais medidas, pelas assembleias em questão, cumprirá apenas a averbação da extinção das sociedades incorporadas no órgão público no qual estavam registradas (art. 1.118).

No caso de incorporação que envolva uma ou mais sociedades por ações, aplicam-se os dispositivos da Lei n. 6.404/76, que regem a matéria com algumas particularidades.

A exigência de assembleias gerais de acionistas permanece, pois também aqui cabe diretamente aos

195 SOUZA JR. Francisco Satiro de. MORAES PITOMBO. Antônio Sérgio de A. (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e falência*. Ob. Cit. Pg. 233.

sócios das sociedades envolvidas a aprovação ou não da incorporação.

Entretanto a deliberação sobre a operação deve ser submetida aos sócios mediante procedimento que legalmente é chamado de justificação (art. 225 da Lei n. 6.404/76) e no qual serão expostos:

. os motivos ou fins da operação e o interesse da companhia na sua realização;

. as ações que os acionistas preferenciais receberão, bem como as razões para as eventuais modificações propostas em seus direitos;

. a composição, após a operação, segundo espécies e classes das ações, do capital das companhias que deverão emitir ações em substituição às incorporadas.

A cisão é, tecnicamente, a operação contrária à fusão e à incorporação, sendo então justamente considerada forma de desconcentração societária. Ao final da cisão haverá certamente um número maior de sociedades do que o existente anteriormente.

Este instituto também se encontra disciplinado tanto pela Lei das Sociedades Anônimas quanto pelo Código Civil, mas, ao contrário das modalidades de concentração analisadas acima, só encontra expressa definição legal no art. 229 da Lei n. 6.404/76, sem correspondente direto no Código Civil de 2002.

É o texto do art. 229 da Lei n.6.404/76:

A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades,

constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

Extrai-se do texto legal que há duas modalidades fundamentais de cisão societária: a parcial e a total.

A cisão total ocorre quando a sociedade cindida deixa de existir, após a operação. Todos os seus débitos, créditos, contratos, sócios e bens são transferidos às sociedades resultantes da operação, não havendo outra solução para ela que não a extinção.

Na cisão parcial, porém, a sociedade cindida continua a existir após a operação tendo em vista que apenas uma parcela de seus débitos, créditos, contratos, sócios e bens é transferida para as outras sociedades envolvidas na operação.

É possível perceber, do ponto de vista esquemático, que a cisão total é o fenômeno societário contrário à fusão, enquanto a cisão parcial, por sua vez, é a operação inversa da incorporação.

A cisão normalmente resulta da necessidade de descentralização administrativa ou patrimonial com o propósito de otimizar a capacidade produtiva da empresa exercida, motivo pelo qual justifica-se plenamente sua referência como instrumento de rearranjo administrativo e/ou patrimonial e, consequentemente, de recuperação da empresa em crise econômico-financeira.

O objetivo da cisão pode ser desmembrar a sociedade empresária recuperanda em diferentes pessoas jurídicas. Tal

desmembramento se presta tanto para aprimorar a gestão do empreendimento, que passaria a ter maior agilidade, como também para dividir os credores, empregados e bens entre as novas sociedades criadas, permitindo maior possibilidade de viabilizar-se o pagamento dos credores.

Corolário fundamental da cisão é aquele segundo o qual a sociedade ou sociedades resultantes da operação sucedem as eventualmente extintas na obrigação de honrar todos os seus débitos, de maneira similar ao que ocorre na fusão e incorporação.

Neste sentido o par. 1o do art. 229 da Lei n. 6.404/76:

(...) a sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão; no caso de cisão com extinção, as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida sucederão a esta, na proporção dos patrimônios líquidos transferidos, nos direitos e obrigações não relacionados.

A fusão, incorporação ou cisão são medidas de recuperação judicial da empresa que atingem não apenas o *status* de terceiros envolvidos com a sociedade em crise (como credores, trabalhadores, sócios ou administradores) mas a própria estrutura jurídica da sociedade empresária, que pode deixar de existir, se implementada alguma destas hipóteses.

O objetivo é promover o término da existência da sociedade empresária em dificuldades econômico-financeiras e a transferência de seus bens, sócios, créditos,

obrigações e contratos para outra sociedade empresária mais bem estruturada econômica ou administrativamente, de modo que os postos de trabalho possam, na medida do possível, ser mantidos e os credores da antiga sociedade em crise financeira tenham maior possibilidade de verem satisfeitos seus direitos.

Tratam-se, porém, de operações com inúmeros reflexos sobre diferentes grupos de interesse ligados à sociedade, além de possíveis efeitos nocivos à concorrência em determinado setor da economia.

Por outro lado, como são medidas graves e que interferem sobre a própria existência futura da pessoa jurídica devedora, a fusão, incorporação ou cisão podem também vir acompanhadas de outras medidas, previstas no mesmo artigo 50 da Lei n. 11.101/05 e relacionadas, por exemplo, à transferência do controle da sociedade, alteração na estrutura administrativa, etc.

Já a transformação da sociedade em recuperação é citada como instrumento de recuperação judicial da empresa posto ser uma forma de aprimorar-se o funcionamento da pessoa jurídica crise.

Transformação de sociedade é a operação na qual a pessoa jurídica tem modificado o seu regime jurídico, pela troca de seu tipo societário. É mantida a personalidade jurídica, obrigações, direitos e sócios, mas agora sob a roupagem de outro modelo societário, reputado mais adequado aos interesses e necessidades dos envolvidos com o empreendimento.

Por óbvio, os atos jurídicos praticados anteriormente à transformação continuam sujeitos ao regime jurídico do tipo societário anterior. Assim se, por exemplo, uma sociedade de responsabilidade ilimitada para os seus sócios se torna uma sociedade anônima, os direitos dos credores desta pessoa jurídica, constituídos antes da operação, continuam regidos pela legislação referente ao tipo societário existente antes da transformação.

"A operação de transformação compreende dois procedimentos diferentes, que podem ser discernidos lógica e cronologicamente, e que a lei de sociedades por ações regula em dispositivos distintos: a) a deliberação dos sócios da sociedade a ser transformada e b) os atos necessários para que a sociedade passe a revestir a forma do novo tipo adotado[196]".

Subsidiária integral é a sociedade cuja totalidade do capital social pertence exclusivamente a uma outra sociedade (art. 251 da Lei n. 6.404/76). A subsidiária integral, portanto, é composta por apenas uma sócia (a sociedade que detém todas as suas quotas ou ações).

A constituição de subsidiária integral é alternativa para a recuperação judicial da empresa pois cria nova sociedade empresária como meio de alavancar a atividade econômica mediante a descentralização administrativa, produtiva ou patrimonial,

196 LAMY FILHO. Alfredo. BULHÕES PEDREIRA. José Luis. *A Lei das S.A*. ob. Cit. Pg. 538/539.

Outro instrumento de recuperação judicial da empresa vinculado a alteração ou constituição de pessoas jurídicas está na criação da sociedade de objeto único – comumente chamada Sociedade de Propósito Específico - ou seja, da sociedade cujo objeto social se resume à prática de um único ato jurídico.

Não se deve também deixar de lado, embora não haja referência expressa, no art. 50 da Lei n. 11.101/05, a esta possibilidade, de que parcerias empresariais ou *joint ventures* sejam usadas como instrumentos de recuperação judicial da empresa.

Tomadas, em sentido amplo, como qualquer vínculo entre duas ou mais sociedades com o objetivo de empreenderem uma atividade em comum ou de colaborarem umas com as outras em seus respectivos negócios, as parcerias empresariais são importante meio de rearranjo administrativo e financeiro.

II – O Plano de recuperação judicial da empresa e seus efeitos sobre o estabelecimento empresarial

A alienação do patrimônio do empresário (ativos empresariais) é tradicionalmente empregada como a forma de liquidação das dívidas em uma falência, mas passou também a ser vista como modalidade de recuperação da empresa em dificuldades.

A Lei n. 11.101/05 faz referência direta ou indireta à alienação de ativos empresariais como instrumento da recuperação judicial da empresa quando elenca, em seu art. 50, o trespasse e o arrendamento do estabelecimento (VII), dação em pagamento (IX), venda parcial de bens (XI) e usufruto da empresa (XIII).

Toda pessoa (física ou jurídica) que pratica determinada atividade profissional necessita de um conjunto de bens constituintes, em última análise, de suas "ferramentas de trabalho". Assim o é também quanto aos empresários, sujeitos de direito praticantes de atividade economicamente organizada voltada para a produção e/ou distribuição de bens ou serviços, com intuito lucrativo.

Todo empresário (sujeito de direito) necessita de um conjunto patrimonial a ser por ele utilizado no exercício de sua atividade profissional (empresa). É a este acervo que o art. 1.142 do Código Civil de 2002, acompanhando antigo consenso, conceitua como estabelecimento, nos seguintes termos:

Art. 1142 – Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.

Outrora houve, entre os estudiosos do tema, quem fundisse as noções de estabelecimento comercial e empresa. Como se pode notar, entretanto, trata-se de realidades totalmente distintas, sendo possível afirmar – e o Código Civil se encarregou de fazê-lo expressamente - que

o estabelecimento é o conjunto patrimonial empregado no exercício da empresa (atividade).

Estes três elementos (empresa-empresário-estabelecimento) estão intrínseca e necessariamente interligados. Não existe atividade (empresa) sem um sujeito de direito (empresário) que a pratique em seu próprio nome e se valha, para isso, de um conjunto de bens por ele organizado (estabelecimento).

Assim, quando o art. 50 da Lei n. 11.101/05 refere-se à possibilidade de que seja constituído "usufruto da empresa" como instrumento de sua recuperação judicial, há uma pequena observação terminológica que deve ser lembrada.

Segundo o art. 1.390 do Código Civil de 2002, o usufruto pode recair em um ou mais bens, móveis ou imóveis, em um patrimônio inteiro, ou parte deste, abrangendo-lhe, no todo ou em parte, os frutos e utilidades.

Já o texto do art. 1.143 do Código Civil é expresso ao dispor que *"pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza".*

Combinados tais dispositivos é possível constatar, de forma inarredável, que o estabelecimento pode ser objeto de usufruto.

Deste modo, quando se trata de usufruto da empresa, fala-se é na possibilidade de o empresário ou sociedade empresária em recuperação transferir os direitos de posse, uso, administração e percepção dos frutos (art. 1.394 do Código Civil de 2002) de seu estabelecimento

e terceiros, que com ele irão exercer a empresa mediante remuneração ao titular. O usufruto envolve a transferência do estabelecimento, não da empresa.

A empresa será organizada e exercida pelo usufrutuário enquanto na posse, uso e administração do estabelecimento.

É porque o empresário emprega sua criatividade, esforço e tempo na aquisição e organização dos bens que integrarão seu estabelecimento que o direito positivo se preocupa em discipliná-lo expressamente, conferindo-lhe proteção paralela àquela constituída pelas normas comuns.

A sede, as filiais ou sucursais são, na verdade, partes mais ou menos autônomas do 'conjunto de bens organizados pelo empresário para o exercício de sua atividade' e, neste sentido, são unidades integrantes, todas elas, do mesmo estabelecimento

O termo estabelecimento (ao menos em seu sentido amplo) corresponde a todo o patrimônio do empresário, seja ele individual ou coletivo, afetado à realização da empresa.

Há que se admitir, porém, que, em sentido estrito, a expressão estabelecimento possa ser utilizada para identificar cada uma das diversas unidades produtivas organizadas por um mesmo empresário para o exercício de sua atividade, sejam elas sucursais, filiais, etc.

Entre as modalidades de recuperação judicial da empresa aqui tratadas, destaca-se também o chamado trespasse, que nada mais é do que o nome comumente dado à alienação de um estabelecimento.

Esta figura negocial é bastante peculiar na medida que envolve não apenas os interesses dos contratantes, mas também o de terceiros, principalmente dos credores do empresário alienante, que têm no estabelecimento deste um importante - e em boa parte das vezes único - elemento de garantia de recebimento de seus créditos.

Alienação de estabelecimento ou trespasse significa a troca na titularidade do conjunto patrimonial por ele representado. O sujeito de direito (empresário individual, EIRELI ou sociedade empresária) titular do estabelecimento o transfere (gratuita ou onerosamente) a outro sujeito de direito, seja ele uma pessoa física ou jurídica.

Vale ressaltar, pela confusão por vezes ocorrida, que a figura aqui referida é nitidamente diferente, sob o ponto de vista jurídico, da operação de alienação de participação societária - cessão de quotas ou ações – igualmente elencada pelo art. 50 da Lei n. 11.101/05 como forma de recuperação judicial da empresa em dificuldades financeiras.

Ao contrário do que ocorre no trespasse, a alienação de participação societária não implica qualquer alteração na titularidade sobre o estabelecimento. Este pertencia à sociedade empresária e assim continuará. Altera-se, nesta hipótese, apenas a titularidade sobre os direitos de sócio, que são transferidos de uma pessoa para outra por meio da cessão de quotas ou de ações.

Outra distinção a ser estabelecida é entre o instituto do trespasse e a venda parcial de bens constituinte do

patrimônio do empresário em recuperação judicial, também expressamente mencionada pelo art. 50 da Lei n. 11.101/05.

Por alienação do estabelecimento ou trespasse deve-se entender a transferência da titularidade sobre todo o complexo de bens organizado pelo empresário para o exercício da empresa. A alienação em separado de elementos integrantes do estabelecimento não pode ser aqui incluída, não estando, por este motivo, sujeita às formalidades e efeitos do trespasse.

Percebe-se os credores de um empresário têm direto interesse na forma pela qual o estabelecimento de empresário é utilizado. Por outro lado, a sua alienação (total ou parcial) pode representar medida de grande importância na capitalização do empresário e eficaz modo de pagamento de débitos e consequente recuperação da atividade empresarial.

Face aos interesses envolvidos em uma operação de trespasse, usufruto ou arrendamento de estabelecimento o Código Civil se preocupou em fixar uma série de formalidades para a realização destes negócios, adotando orientação até então desconhecida no ordenamento brasileiro.

É o texto do art. 1.144 do Código Civil:

Art. 1144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial.

Sobre o primeiro destes requisitos não parece haver razão para dúvidas: o contrato de trespasse, usufruto ou arrendamento deverá ser averbado no órgão de registro mercantil aonde estejam arquivados os atos constitutivos ou a firma individual do empresário alienante.

O objetivo desta regra também parece óbvio: tornar – ainda que formalmente - pública a operação para que os interessados possam eventualmente recorrer aos meios que a legislação agora lhes coloca expressamente à disposição para proteger seus direitos.

A respeito da segunda exigência, tal publicação deverá ser implementada no órgão de publicação oficial do local em que esteja situado o estabelecimento alienado, pois é neste local que, presume-se, o empresário alienante terá realizado a maior parte de seus negócios e, por isto mesmo, contraído a maioria de seus débitos.

Em se tratando de trespasse, usufruto ou arrendamento realizado como forma de viabilizar a recuperação judicial do empresário ou sociedade empresária, a publicação aqui referida deve se efetivar no órgão oficial de imprensa no qual são publicados os atos referentes ao processamento da recuperação judicial.

Nem sempre, porém, este local coincidirá com a sede/domicílio do empresário alienante, sendo, além disso, possível que o mesmo empresário disponha de diversas unidades econômicas (estabelecimentos empresariais em sentido estrito).

Como o objetivo da regra do art. 1.144 do Código Civil é - de modo similar ao que se verifica na legislação falimentar - precipuamente resguardar os interesses dos credores do empresário alienante, é conveniente invocar e adotar aqui a mesma orientação consagrada na definição do juízo competente para conhecer dos pedidos de falência ou recuperação judicial, qual seja: será aquele do local em o empresário tenha o seu maior volume de negócios - e, por consequência, de credores.

Assim, havendo conflito entre o local da sede/ domicílio e o do principal estabelecimento (do ponto de vista do volume negocial) do alienante, ou no caso de alienação de mais de um estabelecimento (em sentido estrito), a realização da publicação do trespasse deve ocorrer no órgão oficial do local em que se situe o estabelecimento empresarial no qual haja o maior volume negocial do alienante e, via de consequência, de credores.

Ressalve-se que a inobservância de uma ou ambas as formalidades não comprometerão a validade do trespasse, usufruto ou arrendamento, entre os contratantes. Porém, os efeitos de tais negócios não alcançarão terceiros (como os credores do alienante) que, deste modo, poderão tornar ineficaz a operação translativa caso vejam descumpridos seus direitos creditícios.

Ainda que observadas as formalidades prescritas no seu art. 1.144 (e tendo em vista, uma vez mais, a proteção aos credores do alienante de estabelecimento), se encarregou o Código Civil de cuidar da responsabilidade pelo pagamento

dos débitos existentes até o momento da realização do negócio.

Ressalve-se que esta responsabilidade, por óbvio, somente envolve os débitos contraídos pelo alienante do estabelecimento e antes da realização do negócio, uma vez que apenas os credores existentes à época do trespasse contavam (ou podiam contar) com a garantia patrimonial alienada.

Diz o art. 1.145 do Código Civil:

Art. 1145 – Se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação.

Tomando esta regra em sentido inverso, é possível afirmar que, se ao alienante do estabelecimento restarem, mesmo após o trespasse, bens suficientes para solver o seu passivo, o art. 1.145 do Código não se aplica e a alienação do estará perfeita (e, via de consequência, será inatacável pelos credores) se cumpridas as formalidades do art. 1.144.

Note-se que se esta hipótese já é relativamente rara se considerada a sociedade empresária em situação de saúde financeira (pois seu estabelecimento e patrimônio praticamente se confundem), muito mais improvável de ocorrer quando se está diante da tentativa de recuperação judicial da empresa.

Entretanto, se o trespasse consta do plano de recuperação judicial da empresa e este foi devidamente

aprovado pela Assembleia Geral de Credores, não se mostra possível que algum destes mesmos credores venham a suscitar, posteriormente, a ineficácia da transferência com base na falta de seu consentimento ou do pagamento da integralidade das dívidas contraídas pelo empresário titular do estabelecimento.

De notar, porém, que a preocupação do Código Civil com os credores do alienante de estabelecimento empresarial foi tamanha que a sua proteção não se encerra na previsão de formalidades a serem preenchidas quando da realização do trespasse.

É o texto do art. 1.146 do Código Civil: *"O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento".*

Todos os débitos contraídos pelo empresário se transferem ao adquirente de seu estabelecimento, em caso de trespasse. Tal transferência somente vale em relação aos débitos contraídos anteriormente à alienação do estabelecimento, no exercício da empresa e desde que regularmente contabilizados pelo alienante, que, caso contrário, restará obrigado a saldá-los.

Caso o trespasse, usufruto ou arrendamento do estabelecimento se verifique como forma de recuperação judicial da empresa este dispositivo não prevalecerá, dado

seu conflito com o texto do art. 60, par. único da Lei n. 11.101/05:

Art. 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.

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 § 1º do art. 141 desta Lei.

O adquirente de um estabelecimento (ainda que em sentido estrito) do empresário em recuperação judicial o obtém sem qualquer responsabilidade em relação aos credores do alienante, o que certamente facilita em muito a utilização deste instrumento recuperatório.

Outra grande preocupação com o estabelecimento em uma recuperação judicial de empresas é avaliar se é economicamente mais eficiente investir na transferência de todo o estabelecimento empresarial (com o objetivo de mantê-lo em funcionamento), investir na tentativa de sua recuperação e manutenção com o atual titular ou se, enfim, deve-se aliená-lo em partes separadas.

Vale salientar também que, na atualidade, boa parte das atividades empresariais, em especial no setor de serviços, são exercidas sem grande acúmulo patrimonial. Ao contrário, é constante a existência de organizações empresariais prestadoras de serviços com grande

movimento financeiro, gerado por contratos de grande monta, sem que se tenha vinculado à esta organização econômica um estabelecimento significativo.

Uma vez decidida a alienação de ativos como instrumento de reerguimento da empresa cabe, quando da elaboração do plano de recuperação judicial, concluir quais destas alternativas é mais eficiente, ou seja, permite maximizar os ganhos advindos do procedimento.

Capítulo XII – A recuperação extrajudicial de empresas e o plano especial de recuperação das microempresas e empresas de pequeno porte

I - Definição e regime jurídico das microempresas e empresas de pequeno porte

A preocupação em instituir um regime jurídico menos oneroso para as microempresas e empresas de pequeno porte é um imperativo constitucional. A ordem econômica brasileira tem como um de seus princípios constitucionalmente expressos o "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País" (art. 170, IX da Constituição Federal de 1988).

Já o art. 179 da Constituição Federal reforça tal orientação ao estabelecer que "a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio da lei".

Note-se que estes artigos constitucionais são exemplos acabados de normatização da realidade econômica com o objetivo de maximização da eficiência na geração ou distribuição da riqueza.

À primeira vista pode parecer contraditória a especial preocupação constitucional com as micro e pequenas empresas, se considerada a tendência de intensa concentração empresarial, em que as sociedades empresárias procuram se agrupar para juntas aumentarem sua capacidade produtiva e melhor enfrentarem a concorrência. Há, entretanto, uma forte e inegável justificativa para que o ordenamento jurídico brasileiro procure zelar pela sobrevivência e desenvolvimento das microempresas e empresas de pequeno porte.

A grande função social desempenhada por micro e pequenos empreendimentos empresariais não está exatamente na geração de riquezas, tributos e produtos ou serviços, embora sem dúvida tenham elas sua importante contribuição nestes aspectos.

Reconheça-se, entretanto, que tais benefícios sociais oriundos da atividade empresarial são providos de modo economicamente mais eficiente pelas grandes – e cada vez mais agrupadas - sociedades empresárias. Não é esta a mais relevante função social das microempresas e empresas de pequeno porte. Porém o tema não se esgota aí.

> O exercício da atividade empresarial por conta própria é uma das formas que as pessoas não absorvidas pelo mercado de trabalho - ou que de repente se vêem desempregadas - encontram para tentar manter dignamente a si próprios e à sua família.

Esta massa de trabalhadores passa a exercer micro ou pequenos empreendimentos empresariais sob a

forma de empresários individuais, EIRELI ou por meio de sociedades limitadas.

> Estas últimas, por sua vez, apresentam, via de regra, reduzido número de sócios e, na maioria dos casos, têm seu capital quase totalmente concentrado nas mãos de um único membro que, motivado pelas circunstâncias do parágrafo anterior, constitui a pessoa jurídica.[197]

Seja como sócio-proprietário ou como seu empregado, sempre haverá alguém que tenha na micro ou pequena empresa sua fonte de sobrevivência. Como elas existem em grande quantidade, dá para compreender sua intensa contribuição social como geradora de trabalho.

A comoção e os efeitos sociais e econômicos causados pelo encerramento de uma grande empresa são gravíssimos e muitas vezes incalculáveis. Há que se observar, porém, a relevância dos empreendimentos de pequeno e médio porte. O fechamento destas empresas certamente não gera o mesmo impacto econômico quando analisados isoladamente, mas vistos em conjunto são relevantes o

---

197 *"O universo das empresas é constituído por unidades que vão desde as microorganizações individuais até as grandes corporações. Convencionalmente, consideram-se no Brasil como microempresas as que empregam até 20 pessoas. De 20 a 100 pessoas empregadas, recebem o tratamento de pequenas empresas. Daí em diante são de tamanho médio ou grande. Neste universo, a maior parte é de microorganizações produtivas. O último censo econômico realizado no Brasil revelou a existência de 1. 007. 833 microempresas. O número médio de pessoas empregadas por este conjunto era de 2, 7 pessoas. (...) a maior parte, mais de 63%, era constituída por apenas uma ou duas pessoas. O número das que empregavam mais de 10 pessoas limitava-se a 1,2% do conjunto."* (ROSSETTI. José Paschoal. *Introdução à Economia*. 20ª edição. Ed. Atlas. São Paulo. 2003. pg. 163).

bastante para merecer atenção, especialmente quando se trata de preservar postos de trabalho.

Some-se a este relevante papel social a natural fragilidade decorrente de sua restrita capacidade econômica e está plenamente justificada, a determinação constitucional e um regime normativo que a todo momento busque estabelecer condições mais favoráveis para que estes micro ou pequenos empreendimentos possam sobreviver em uma economia cada vez mais competitiva e tecnologicamente avançada.

A definição legal de microempresa e de empresa de pequeno porte, assim como as suas condições para enquadramento como tal são dadas pela Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro, intitulada Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

Microempresas e Empresas de Pequeno Porte são caracterizadas a partir do seu faturamento bruto anual. Na verdade, os termos mais adequados, do ponto de vista eminentemente técnico, talvez fossem microempresários e empresários de pequeno porte.

São pessoas físicas ou jurídicas que exercem a atividade empresarial em micro ou pequena escala. São empresários que, dada a relativa escassez dos fatores de produção que podem organizar, exercem a empresa com restrito potencial econômico.

A teor do art. 3º da Lei Complementar n. 123/2006, microempresa é sociedade simples ou empresária, o empresário individual ou a EIRELI (empresa individual de

responsabilidade limitada) cuja receita bruta anual é igual ou inferior a R$ 360.000, 00 (trezentos e sessenta mil reais).

Já a chamada Empresa de Pequeno Porte é a sociedade simples ou empresária, a EIRELI ou o empresário individual cuja receita bruta anual é superior a R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) mas é igual ou inferior a R$ 4.800.000, 00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

É claro que tais limites são arbitrários, mas procuram refletir duas diferentes categorias de empresários que, por sua já salientada fragilidade econômica, são merecedores de obrigações jurídicas menos gravosas que a dos demais empresários, seja no campo administrativo, tributário, previdenciário, trabalhista, creditício ou empresarial.

II – Plano especial de recuperação judicial das microempresas e empresas de pequeno porte

A Lei n. 11.101/05 traz, em seus artigos 70 a 72, disposições especiais aplicáveis exclusivamente àqueles empresários individuais, sociedades empresárias ou EIRELI enquadrados nas categorias das chamadas microempresas ou empresas de pequeno porte e, por isso mesmo, especialmente suscetíveis às instabilidades da economia em geral e, via de consequência, a crises financeiras.

É interessante constatar que face à sua natural fragilidade econômica, os micro e pequenos

empreendimentos são grandes "usuários" de institutos como a recuperação judicial mesmo em países como os Estados Unidos da América, reconhecidamente a maior potência econômica mundial. Veja-se neste sentido a seguinte constatação de Douglas Baird:

"Nós concluímos com algumas sintéticas observações sobre pequenas empresas e reorganizações societárias. Pequenas empresas constituem a vasta maioria dos arquivos do Capítulo 11 [referente à recuperação de empresas] *em números absolutos, mas a quantidade total de ativos em risco para a maioria das empresas que se enquadram no Capítulo 11 são modestos em relação às grandes empresas submetidas ao Capítulo 11. No típico pequeno arquivo do Capítulo 11 o juízo falimentar é chamado a decidir se ao encanador, agente de viagens ou joalheiro deve ser dada outra chance de tocar seu pequeno negócio".*[198]

A Lei n. 11.101/05 estabelece um regime especial de recuperação judicial para micro e pequenos empresários. Este regime especial propõe-se a minimizar os custos de transação inerentes à recuperação judicial, custos estes que certamente tornariam inconciliáveis o procedimento judicial recuperatório e a inata fragilidade econômica e gerencial dos micro e pequenos empreendimentos.

198 *"We conclude with a few brief observations about small firms and corporate reorganizations. Small firms constitute the vast bulk of Chapter 11 filings in sheer numbers, but the total amount of assets at risk for most firms that enter Chapter 11 are modest relative to the large firms in Chapter 11. In the typical small Chapter 11 filing, that bankruptcy judge is asked to decide whether the plumber, travel agent, or jeweler should be given another chance to run her small business".* BAIRD, Douglas. *The end of Bankruptcy...* ob. cit. p 7. Tradução livre.

As sociedades empresárias e empresários individuais enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte poderão pleitear a recuperação judicial desde que preencham todos os requisitos estabelecidos pelo art. 48 da Lei n. 11.101/05. Neste aspecto não há qualquer ressalva ou modificação.

Também não há qualquer alteração no regime geral quanto à petição inicial da recuperação judicial de micro e pequenas empresas, que deve ser instruída e distribuída segundo os termos do art. 51.

Do mesmo modo são inteiramente aplicáveis as disposições sobre os atributos e competência do juízo responsável pela apreciação do pedido.

O dito "tratamento favorecido" dos micro e pequenos empresários está na possibilidade de se requerer, na petição inicial, o direito a apresentar o que a Lei n. 11.101/05 chama de plano especial de recuperação.

Assim as microempresas e empresas de pequeno porte têm uma faculdade específica quando pleiteiam sua recuperação judicial: ou optam pelo procedimento comum, aplicável aos demais empresários e objeto dos capítulos anteriores, ou então postulam, na petição inicial, o direito a apresentar o denominado plano especial de recuperação.

O prazo para que o microempresário ou empresário de pequeno porte apresente este plano especial de recuperação é o mesmo conferido pelo art. 53 aos demais empresários para a apresentação de seu plano de recuperação: até 60 (sessenta) dias contados a partir da

publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial. Caso este prazo não seja respeitado o pleito será convolado em falência.

A diferença entre o plano de recuperação judicial exigido dos empresários em geral para este dito especial e facultado aos micro e pequenos empresários está nos instrumentos jurídicos de que podem se valer para tentar reerguer o empreendimento.

Se o micro ou pequeno empresário optar pelo plano especial de recuperação, este, ao invés de todos os instrumentos jurídicos apontados pelo art. 50 da Lei, terá à sua disposição apenas um meio de reestruturar a empresa: o parcelamento do passivo existente na data do pedido, ainda que não vencido, excetuadas as dívidas decorrentes de recursos oficiais, os débitos tributários e aqueles enumerados pelos parágrafos 3º e 4º da Lei n. 11.101/05.

O plano especial de recuperação deve propor o pagamento parcelado destes débitos em, no máximo, 36 parcelas mensais acrescidas dos juros equivalentes à taxa SELIC, podendo comportar também uma proposta de abatimento no valor das dívidas por ele abarcadas.

O art. 71 da Lei n. 11.101/05 estipula ainda um prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data da distribuição do pedido de recuperação, para que o micro ou pequeno empresário pague a primeira das parcelas supra mencionadas.

Por força do parágrafo único do art. 71, os débitos não abarcados nesta modalidade especial de recuperação

judicial estão protegidos da suspensão do acesso aos meios isolados de cobrança judicial (art. 6º).

Assim, se adotar o plano especial de recuperação a microempresa ou a empresa de pequeno porte precisa continuar honrando integral e tempestivamente todas as suas obrigações de outra natureza que não as mencionadas no art. 71 ora analisado.

O plano especial de recuperação judicial de microempresas ou empresas de pequeno porte não será aprovado pela Assembleia Geral de Credores. Neste caso esta atribuição é do juízo da recuperação, a quem cumpre verificar se o plano especial está de acordo com o que exige o art. 71 da Lei e estão presentes as demais condições para obtenção da recuperação (art. 72).

Embora o plano especial de recuperação não seja submetido à Assembleia Geral de credores, deve o juiz julgar improcedente o pedido do microempresário ou empresário de pequeno porte e decretar a sua falência se credores titulares de mais da metade dos créditos de qualquer uma das classes sujeitas aos efeitos da falência (art. 83) manifestarem, na forma do art. 55, objeção ao conteúdo do plano apresentado pelo devedor.

Em caso de recusa do plano especial de recuperação a Lei n. 11.101/05 não faculta ao juiz negligenciar tal manifestação de vontade. Cumpre-lhe, diante desta negativa, convolar o pleito recuperatório em falência (art. 73). A recuperação judicial das micro e pequenas empresas

é, mesmo na hipótese de apresentação do plano especial, um ato vinculado à decisão dos credores a ela sujeitos.

Enquanto não cumprir integralmente o plano especial de recuperação judicial o micro ou pequeno empresário não poderá aumentar despesas ou contratar novos empregados sem a autorização do juiz e após ouvido o Administrador Judicial e o Comitê de Credores.

Talvez considerando a estrutural inviabilidade econômica da maior parte dos micro e pequenos empreendimentos empresariais brasileiros, a Lei n. 11.101/05 concentra suas atenções nas grandes empresas e especialmente em função da realidade delas orientou o instituto da recuperação judicial e extrajudicial.

Desta maneira a Lei n. 11.101/05 oferece aos micro e pequenos empresário duas opções: ou suportar todos os custos de transação inerentes à recuperação judicial com o objetivo de usufruir dos efeitos que ela produz e dos instrumentos que lhe são colocados à disposição ou submeter-se ao plano especial de recuperação, que limita os meios de recuperação e os efeitos quanto a seus credores.

III - Recuperação extrajudicial de empresas: objetivos e requisitos

Em retrospectiva histórica sobre a falência, Waldemar Ferreira faz interessantes referências à possibilidade do comerciante convocar seus vários credores para propor-lhes uma renegociação coletiva das dívidas assumidas.

"*Era de costume,* in illo tempore*, que o comerciante, que se encontrasse em condições de não poder mais atender a seus pagamentos, convidasse seus credores para reunirem-se em sua casa comercial, a fim de lhes expor sua situação e chegarem quiçá a uma concordata amigável, que seria homologada judicialmente".*

Mais adiante o autor, com base em José da Silva Lisboa, assinala que "*tempo houve em que até se recomendava ao comerciante em dificuldade, que fazia ponto, chegando à parada total de pagamentos, mercê de acidentes sobrevindos, que o constituíssem na 'necessidade de ser impontual' e se achasse nas condições 'de pedir a seus credores algum respiro, ou espaço de tempo', que os convocasse e lhes apresentasse, com franqueza, a exação de seus livros, e clarezas de sua casa, que justificassem os motivos de sua situação, a fim de com eles celebrar compromisso ou concordata."*[199]

O Dec. Lei n. 7.661 de 1945, por sua vez, mostrava-se eminentemente preocupado em dedicar a todos os credores da mesma natureza tratamento absolutamente igualitário

199 FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial – Vol. 14*. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 83

em caso de insolvência patrimonial do devedor comum. O princípio da *par condicio creditorum*, expresso pelo art. 1.554 do Código Civil de 1916, foi levado à categoria de verdadeira centro da legislação falimentar então vigente.

Quando alguém se propõe a renegociar suas dívidas pode, intencionalmente ou não, acabar por derrogar o princípio da *par condicio creditorum*. Basta que o devedor proponha o abatimento ou a dilação do prazo para pagamento de alguns dos débitos e deixe de lado outros da mesma natureza.

Neste caso, esteja ou não o devedor comum com o desejo de favorecer determinado credor, o fato é que a dívida não envolvida na renegociação será integralmente paga e na data inicialmente acordada, enquanto as demais se sujeitarão aos efeitos da renegociação.

Desta maneira o Dec. Lei n. 7.661/45, preocupado com a igualdade de tratamento para os credores, tomava por ato falimentar – portanto apto a fundamentar o pedido de falência do comerciante - a convocação de seus credores para negociação e parcelamento conjunto dos débitos existentes (art. 2º, III).

Preocupou-se a legislação de 1945 com a possibilidade de escapar algum credor ao acordo firmado. Pensou-se que o princípio da *par condicio creditorum* seria evidentemente deixado de lado se ao devedor fosse possível negociar com parte (ou mesmo com a maioria) de seus credores deixando outros de fora.

Trajano de Miranda Valverde observou esta circunstância ao comentar o Dec. Lei n. 7.661/45 e lembrou que, se o devedor comum obtivesse a adesão unânime de seus credores, a renegociação extrajudicial seria bem sucedida.

"Não raras vezes sucede ser esse processo de acomodação com os credores um meio ótimo de liquidação, o qual pressupõe, é claro, a boa-fé do devedor. Como, entretanto, para que vingue o acordo extrajudicial, é necessário o apoio unânime dos credores, o dissidente pode levar a proposta do devedor ao conhecimento do juiz competente, e, uma vez provado o fato, compre ao juiz decretar a falência."[200]

O princípio da *par condicio creditorum* ainda vigora expressamente e encontra expressa definição no art. 957 do Código Civil:

Art. 957 - não havendo título legal à preferência, terão os credores igual direito sobre os bens do devedor comum.

A Lei n. 11.101/05, entretanto, diluiu seu caráter tutelar admitindo que, em determinadas circunstâncias, se possa realizar a antes inadmitida negociação conjunta entre credores e devedor comum. Isto não significa, porém, que se possa violar o princípio da *par condicio creditorum.*

O que foi alterado com a legislação atual é apenas o modo de zelar pela igualdade de tratamento entre os credores de uma mesma espécie. Em vez de antecipadamente negar a possibilidade de negociação coletiva entre credores e

200 VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências – Vol I*. Rio de Janeiro: Forense, 1948. p. 41

devedor comum, a Lei n. 11.101/05 se limita a proibir que deste acordo resulte qualquer pagamento antecipado de dívidas ou tratamento desigual dos credores alheios aos efeitos do procedimento recuperatório (art. 161 par. 2º).

Felizmente o fato de um empresário ou sociedade empresária em dificuldades econômico-financeiras convocar seus credores para com eles negociar em conjunto não mais é considerado ato falimentar. Pelo contrário. Praticar este ato é, a partir da entrada em vigor da Lei n. 11.101/05, o pressuposto para que se execute a chamada recuperação extrajudicial da empresa, disciplinada pelos artigos. 161 a 167 da legislação citada.

O instrumento pelo qual o legislador espera efetivar o ideal publicista de preservação da empresa em temporária crise econômico-financeira é o incentivo à composição contratual de interesses entre o empresário-devedor e seus credores.

Deixar que os grupos de interesses comuns ligados à empresa em crise econômico-financeira transacionem até que possam mutuamente chegar à solução que maximize seus objetivos privados com o mínimo de custos para estas transações é a principal função da legislação.

A Lei n. 11.101/05 se vale de um instituto tipicamente privado (o acordo contratual de vontades) para alcançar objetivo de inegável repercussão na sociedade e na economia em geral (a possibilidade de recuperação da empresa em transitória dificuldade econômico-financeira).

A recuperação judicial de empresas pressupõe a anuência dos credores do empresário em dificuldades, a quem cumpre aprovar ou não o plano de recuperação elaborado. Apresenta, porém, rígido procedimento a ser seguido pelo empresário, tanto na fase postulatória quanto na fase executória do plano de recuperação.

Já na recuperação extrajudicial de empresas o caráter contratual e negocial estabelecido entre empresário em crise e seus credores é ainda mais nítido e cabe ao Poder Judiciário pouco mais que uma função homologatória do acordo firmado entre aqueles.[201]

A grande vantagem da recuperação extrajudicial está na nítida redução dos custos de transação, tanto para os credores quanto para o devedor. Se, como bem lembra Trajano de Miranda Valverde, ambos está de boa-fé, a livre negociação entre as partes é, sem dúvida, o caminho mais rápido e eficiente para a composição dos interesses a princípio divergentes.

Para o empresário devedor evita-se a necessidade dos gastos de tempo e de dinheiro ligados aos procedimentos necessários à implementação da recuperação judicial.

---

201 A variação extrajudicial de recuperação da empresa é conhecida pelos autores norte-americanos pelo nome de *prepackaged bankruptcy*, ou "falência pré-empacotada". *"In a prepackaged bankruptcy, the firm negotiates the reorganization plan with its creditors before an actual Chapter 11 filing. Ideally, the debtor would like to have solicited and received an understanding with the creditors that the plan would be approved after the filling. In a prepackaged bankruptcy, the parties try to have the terms of the reorganization plan approved in advance. This is different from the typical Chapter 11 reorganization process, which may feature a time-consuming an expensive plan development and approval process in which the terms and conditions of the plan are agreed to only after a painstaking negotiation process."* GAUGHAN, Patrick A. *Mergers, Acquisitions and Corporate Restructurings...* ob. Cit. p 445

Aos credores, por outro lado, abre-se a possibilidade de receberem um percentual de seus créditos de forma muito mais célere do que se o fossem demandar judicialmente ou se compusessem o concurso de credores contra o falido, sem falar nos gastos com a demanda judicial.

Trata-se verdadeiramente de instituto que, de forma intencional ou não, representa aplicação de alguns dos principais postulados da Análise Econômica do Direito e de eficiência da legislação. Reduz os custos de transação para facilitar a composição de interesses entre os envolvidos. *"A existência de custos de transação leva aqueles que desejam negociar a se engajarem em práticas que tragam uma redução nos custos de transação sempre que a perda sofrida em outros sentidos pela adoção destas práticas seja menor que os custos de transação poupados."*[202]

Apesar de todo o caráter consensual atribuído ao instituto em questão, o art. 161 da Lei restringe a aplicação da modalidade extrajudicial de recuperação apenas àqueles empresários ou sociedades empresárias que, por preencherem os requisitos do art. 48 da Lei, podem requerer a variação judicial da recuperação.

O par. 3º do art. 161, por sua vez, contém uma particularidade digna de nota. Segundo esta norma, o devedor não poderá requerer a homologação de plano extrajudicial se estiver pendente pedido de recuperação

202 *"The existence of transaction costs will lead those who wish to trade to engage in practices which bring about a redution of transaction costs whenever the loss suffered in other ways from the adoption of those practices in less than the transaction costs saved."* COASE, Ronald. *The Firm, The Market and the Law*... ob.cit. p. 7

judicial ou se houver obtido recuperação judicial ou homologação de outro plano de recuperação extrajudicial há menos de 2 (dois) anos.

Este prazo é menor do que o estipulado pelo art. 48, aplicável aos requerentes da espécie judicial de recuperação. Vale também lembrar que, em face do dispositivo ora comentado, a legislação veda a possibilidade de um mesmo devedor manejar concomitantemente as formas judicial e extrajudicial de recuperação.

Há também limites quanto à natureza dos créditos que podem ser submetidos à recuperação extrajudicial. O par. 1º do art. 161 exclui deste instituto qualquer crédito de natureza tributária, derivado da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho.

Também são excluídos os créditos enumerados pelo art. 49 par. 3º da Lei, referentes ao proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, arrendador mercantil, proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade (inclusive em incorporações imobiliárias) e proprietário em contrato de venda com reserva de domínio.

A exclusão destes tipos de créditos dos efeitos da recuperação extrajudicial não impede, entretanto, que o empresário devedor possa tentar, com cada um destes credores em particular, renegociar os termos dos contratos que com eles mantenha.

Igualmente alheios aos efeitos da recuperação extrajudicial de empresa estão as importâncias entregues

ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrentes de adiantamento de contrato de câmbio para exportação.

Constata-se que os tipos de créditos excluídos do modelo extrajudicial de recuperação da empresa são, em essência, os mesmos afastados da espécie judicial. A grande distinção está nos créditos de natureza trabalhista que, ao contrário do verificado na recuperação judicial de empresa, estão isentos dos efeitos da variante extrajudicial.

Qualquer das modalidades de credores privados acima elencados pode inclusive requerer a falência do empresário devedor independentemente da homologação do plano de recuperação extrajudicial por ele apresentado.

Ao estabelecer tais restrições a Lei obriga o empresário a avaliar qual o menor custo: enfrentar as formalidades e o procedimento de recuperação judicial ou negociar extrajudicialmente apenas com seus credores de natureza civil ou empresarial. Trata-se, sem dúvida, de um injustificável limite à transação de interesses privados.

IV - Postulação e procedimento da recuperação extrajudicial de empresa

Para a homologação do plano de recuperação extrajudicial da empresa o empresário ou sociedade empresária precisa instruir a petição inicial com a série de documentos elencada nos artigos 162 *caput* e 163 par. 6º da Lei. São eles:

I – A justificativa para o requerimento – trata-se da mesma exigência estipulada para os casos de recuperação judicial (art. 51, I). O empresário requerente deve explicitar

quais os fatores endógenos ou exógenos que o conduziram à situação de temporária crise econômico-financeira e consequente necessidade de renegociação com os credores.

II – O plano de recuperação extrajudicial da empresa – A legislação isenta o empresário requerente desta modalidade recuperatória de apresentar a demonstração da viabilidade econômica do plano e o laudo econômico-financeiro e de avaliação de seus bens e ativos, documentos indispensáveis em hipóteses de recuperação judicial (art. 53).

Note-se também que os instrumentos de que dispõe o empresário ou sociedade empresária em crise para promover sua reorganização econômico-financeira não são tão amplos como os previstos para os casos de recuperação judicial (art. 50). O plano de recuperação extrajudicial limita-se a explicitar quais os termos e condições em que foram reestruturadas as dívidas do empresário requerente.

A renegociação coletiva com os credores e a alienação de unidades produtivas de sua titularidade (art. 166) são, assim, os únicos instrumentos de que dispõe o empresário ou sociedade empresária que pretenda reerguer-se extrajudicialmente.

III - As demonstrações contábeis relativas ao último exercício social, o balanço patrimonial, o relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção, o balanço de demonstração de resultados acumulados e do resultado desde o último exercício social.

São todos documentos necessários também à instrução da petição inicial de uma recuperação judicial (art. 51). A única discrepância está em que, na hipótese do procedimento extrajudicial, são exigidas as demonstrações contábeis apenas do último exercício social e não dos 3 (três) últimos, como previsto para a espécie recuperatória judicial.

IV – A assinatura dos credores que aderiram ao plano de recuperação - Perceba-se que em princípio o plano só vai abarcar os credores que com ele expressamente concordaram.

A recuperação extrajudicial é uma renegociação coletiva e somente entre os contratantes gerará efeitos, não podendo provocar alterações sobre o direito de outros credores, ainda que sejam da mesma natureza daqueles que aderiram à proposta do devedor.

Nem sempre, porém, é este o efeito da homologação aqui tratada. A teor do art. 163 da Lei é possível que o empresário-devedor obtenha a homologação de plano de recuperação extrajudicial que vincule a todos os credores cujas espécies de créditos possam ser abrangidas pelos efeitos deste procedimento recuperatório e que efetivamente se encontrem alteradas pelo plano apresentado em suas condições originais de pagamento.

Para que possa expandir a todos os credores de uma determinada modalidade os efeitos da homologação do plano de recuperação extrajudicial o devedor precisa da adesão de credores que representem mais de 3/5 (três quintos) de todos os créditos de cada espécie abrangida

pelo plano. Este dispositivo reforça o caráter de alianças ou coalizões que prevalece na disciplina jurídica da recuperação da empresa.

Desta forma, um credor específico pode ser vinculado aos efeitos do plano de recuperação extrajudicial não porque expressamente o deseja, mas porque credores titulares da maioria dos créditos da mesma espécie que a sua - ou seja, da sua "coalizão" - consideraram a proposta do empresário-devedor satisfatória aos seus próprios interesses.

Vale ainda salientar que as dívidas contraídas pelo empresário requerente após a data do pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial não são abrangidas pelos efeitos dele, ainda que sejam da mesma natureza dos créditos renegociados (art. 163 par. 1º).

Solução igual se aplica caso haja diversos créditos em favor de uma mesma pessoa. Aquele constituído após a data do pedido de homologação do plano estará isento de qualquer restrição nele estipulada.

V - os documentos que comprovem os poderes dos subscritores do plano de recuperação extrajudicial para novar ou transigir, a relação nominal completa e o endereço de todos os credores assim como a natureza, classificação, valor atualizado, vencimento e origem de todos os créditos e os registros contábeis das transações pendentes.

Recebido o pedido de homologação ora comentado o juiz ordenará a publicação de edital no órgão oficial e em jornal de grande circulação nacional ou das localidades da sede e das filiais do devedor convocando todos os

credores para apresentarem, no prazo de 30 (trinta) dias, suas impugnações ao plano de recuperação extrajudicial (art. 164).

Posto que o plano de recuperação em princípio somente gera efeitos em relação aos seus subscritores, as hipóteses aptas a fundamentar impugnação aos seus termos são mais restritas. Enumerados no par. 3º do art. 164, os motivos aptos a ensejar a impugnação ao plano de recuperação extrajudicial estão adstritos à violação, pelo empresário-devedor, de alguma disposição legal e à ausência de adesões suficientes à ampliação dos efeitos do plano para todos os credores das espécies por ele abordadas.

Sendo apresentada impugnação será aberto prazo de 5 (cinco) dias para que o devedor sobre ela se manifeste. Após esta manifestação os autos serão conclusos imediatamente ao juiz para apreciar as impugnações e decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, pela homologação ou não do plano apresentado.

Havendo prova de simulação de créditos ou vício de representação dos credores que subscreverem o plano a sua homologação será indeferida. Da sentença cabe apelação sem efeito suspensivo.

Se julgada procedente a apelação volta o empresário requerente ao *status quo ante*, ou seja, o devedor torna-se obrigado a realizar o pagamento dos débitos nas condições originalmente fixadas.

Vale questionar se este retorno ao estado anterior prevalecerá apenas para o credor que recorreu da sentença ou se o próprio plano de recuperação extrajudicial judicialmente homologado deixa de gerar efeitos. É correto entender que o credor não tem legitimidade para postular seja modificada a integralidade da sentença homologatória. Tem ele apenas o direito de pleitear que ela não gere efeitos contra si.

Diferente será a situação se a causa de pedir comprometer os requisitos de validade da sentença ou que demonstrar a violação, pelo devedor requerente, de alguma disposição legal.

Capítulo XIII – Direito, Economia e Falência

I – Caracterização e objetivos do processo falimentar

O processo judicial pode ser compreendido como um método destinado a viabilizar a investigação, pelo Poder Judiciário, da ocorrência ou não de uma infração a determinada norma jurídica com o objetivo de, constatada a infração, aplicar ao responsável por tal falta a sanção correspondente.

No processo de conhecimento a autoridade judicial analisará a ocorrência ou não de fatos representativos de infração a uma norma jurídica, bem como fixará a sanção decorrente deste eventual descumprimento.

Já no processo de execução o Poder Judiciário, agora certo quanto ao descumprimento da norma e quanto à sanção a aplicar, irá implementar esta última no mundo dos fatos, ou seja, vai impor coercitivamente - com o uso da força - a sanção.

A aplicação coercitiva da sanção só se implementa após a certeza de que uma norma jurídica foi descumprida e de qual sanção será aplicada. Esta certeza é extraída de um documento específico necessário e suficiente à propositura da ação executiva. São os chamados títulos executivos, documentos legalmente acolhidos como dotados de características tais que a lei presume a certeza e exigibilidade das prestações neles fixadas.

Existem duas grandes modalidades de títulos executivos em nosso ordenamento. Há aqueles que se formam por decisão judicial ou pronunciamento arbitral e aqueles que se constituem por ato dos jurisdicionados. Os primeiros são os denominados títulos executivos judiciais e os segundos são os títulos executivos extrajudiciais.

Uma vez formado o título executivo - judicial ou extrajudicial - este documento expressa, em regra, a obrigação de alguém (devedor) no sentido de dar, fazer ou deixar de fazer alguma coisa em relação a outrem (credor). Portanto, o título executivo estabelece uma relação de débito-crédito entre duas ou mais pessoas e individualiza a prestação a ser satisfeita, pelo devedor, em favor do credor.

Embora a dívida constante do título executivo seja atribuível a uma determinada pessoa ou grupo, as consequências fáticas do não pagamento voluntário e pontual desta dívida são limitadas a recair sobre o patrimônio do devedor, e não sobre ele próprio. A dívida é pessoal, mas a responsabilidade pelo seu cumprimento é de natureza estritamente patrimonial (art. 5º LXVII da Constituição Federal e art. 391 do Código Civil).

Se o patrimônio do devedor é superavitário, ou seja, se o conjunto dos bens disponíveis é maior do que a soma de todas as dívidas de sua responsabilidade, a efetivação do direito dos credores se dá de forma isolada (execução singular). Cada credor tem legitimidade para se socorrer do Poder Judiciário a fim de obter, no patrimônio do devedor, o

adimplemento da dívida, mas somente pode postular seu próprio direito creditício.

Além disso, em casos de patrimônio superavitário a responsabilidade patrimonial do devedor obedece à ordem cronológica de chegada dos credores. Os credores vão atacando os bens disponíveis do devedor na medida em que suas execuções singulares se processam. Prevalece aqui o princípio do "primeiro no tempo, melhor no direito". Já que há patrimônio suficiente para pagar a todos, a preferência entre os credores é estabelecida a partir de sua ordem de chegada.

Porém, se o patrimônio do devedor é deficitário – o número de dívidas é maior do que a quantidade de bens disponíveis – torna-se necessário derrogar o instrumento da execução individual para evitar que os "primeiros credores no tempo" recebam integralmente seus direitos e deixem outros créditos de igual natureza completamente desatendidos.

Quando o devedor está em estado de insolvência, opta a legislação por estabelecer um concurso entre seus credores, para ratear (dividir) igualmente entre todos, mais ou menos atentos ou diligentes, os bens do devedor comum.

A ação judicial destina-se, nestes casos, a agrupar todos os credores, organizá-los segundo a natureza de seus direitos e concomitantemente arrecadar todos os bens do devedor comum. Em seguida são liquidados os bens do devedor comum e o produto é repartido entre as diferentes

classes de credores para que todos os integrantes de cada classe recebam igual percentual de seus direitos.

Para realizar este rateio a lei despreza o critério de maior ou menor diligência na cobrança de seus direitos e organiza os credores de um mesmo devedor em diferentes grupos, conforme a natureza dos seus respectivos créditos. A partir desta divisão é obrigatória a igualdade de tratamento e de percentual de pagamento das dívidas de uma mesma natureza. O princípio do "primeiro no tempo, melhor no direito" dá lugar ao princípio do "tratamento igualitário entre credores da mesma natureza" ou simplesmente princípio da *par condicio creditorum*[203].

Há dois principais institutos jurídicos destinados a disciplinar o processo de execução coletiva contra devedor insolvente. Quando o devedor insolvente se dedica profissionalmente ao exercício da empresa, este processo de execução coletiva é denominado falência e será regido pela Lei n. 11.101/05. Quando, ao contrário, o

---

203 "Pode ocorrer, todavia, que sejam vários os credores insatisfeitos pelo não-pagamento de seus créditos pelo devedor, ou que este não esteja em condições de atendê-los todos. A falta de pagamento, suponhamos, que derive da circunstância de o devedor estar arruinado, isto é, sem condições patrimoniais e de crédito para pagar ou assegurar o pagamento, impõe um tratamento coletivo da situação. O direito exige, então, que todos os credores sejam tratados nas mesmas condições de igualdade, tendo em vista a categoria de seus créditos, princípio que se traduz na antiga fórmula romana *par condicio creditorum*.
Ora, se a execução desse devedor fosse feita singularmente, agindo cada credor de forma autônoma e isolada, esses vários procedimentos individuais acarretariam o favorecimento de uns em detrimento de outros, como ocorria na Antiguidade [e ainda hoje ocorre nos casos de diversas execuções singulares contra um mesmo devedor] quando o credor, que procedia à primeira penhora, tinha prioridade no pagamento". (REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar – Vol. I*. 15ª edição. São Paulo: Saraiva. 1993. pg. 2).

devedor insolvente exerce profissionalmente atividade não empresária, o concurso de credores será realizado através da insolvência civil.

Dadas a importância da empresa para a economia de mercado e a constante necessidade de contração em massa de obrigações inerente às atividades de natureza empresarial, o processo de execução coletiva, pela falência, não pode ser a única solução jurídica aplicável ao devedor empresário insolvente.

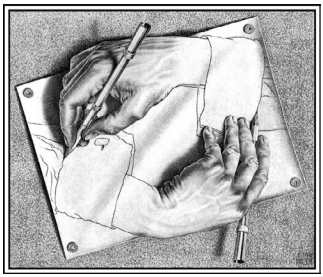
Ao contrário, pode o devedor empresário, se provar-se economicamente viável e obtiver o consentimento de seus credores, tentar, ainda que momentaneamente insolvente, um "novo começo" – *fresh start* – a ser viabilizado pelo emprego da aqui já analisada recuperação judicial ou extrajudicial de empresas. A falência se destina, portanto, somente aos empresários e sociedades empresárias insolventes – com patrimônio deficitário – e economicamente inaptos a se reerguerem.

Feitas estas considerações, é possível definir a falência com clareza e segurança. Trata-se de um processo judicial de execução coletiva – ou concursal - contra devedor empresário insolvente e economicamente inviável.

O instituto do concurso de credores vive, seja na sua forma empresarial (falência) ou civil (insolvência civil) uma realidade bastante peculiar e, pode-se dizer, paradoxal. O procedimento concursal em geral – e o falimentar em particular - busca necessariamente contrariar a própria razão de sua instauração.

Instaura-se o procedimento concursal porque o devedor comum não tem bens suficientes para saldar integral e pontualmente todas as suas obrigações. Se o devedor tivesse bens disponíveis suficientes para atender completamente todas as suas dívidas, não haveria necessidade de recorrer à falência ou à insolvência civil. As ações executivas isoladas seriam mais eficientes.

Por outro lado, é objetivo da falência – assim como de qualquer outro procedimento concursal – fazer com que os credores que a ela estejam sujeitos recebam seu direito da maneira mais próxima possível do que foi originalmente pactuado. O ideal do concurso de credores é honrar as dívidas que a ele concorram na forma que se verificaria, caso não houvesse o procedimento concursal.



A obra "drawing hands", de Maurits Cornelis Escher (1948) expressa em imagem a ideia de paradoxo.
O termo paradoxo refere-se, em síntese, a ideias que são contraditórias entre si, de forma que a afirmação de uma delas implica na necessária negação da outra. Pode-se falar em *paradoxo falimentar* no sentido de que o processo de falência existe para que os credores sejam, no mundo ideal, tratados do modo que o seriam sem a realização do processo falimentar.

"To be sure, the fewest dislocations are achieved when the bankruptcy system respects the right just as it exists in the nonbankruptcy world, so that the right remains in full force not only against the debtor but also against rival creditors. Dislocations are minimized because bankruptcy law would then not defeat the creditor´s rights to specific performance of its original entitlement, and its value would accordingly be fixed at exactly what it was in the nonbankruptcy world."[204]

Os concursos de credores – e particularmente a falência - reservados às situações de devedor insolvente almejam constantemente submeter estes credores a pagamentos que mais se assemelhem aos resultados de uma execução singular contra devedor solvente. É o que se pode chamar de *paradoxo falimentar*: a falência é um procedimento concursal que tem por objetivo aproximar seus resultados efetivos, para os credores, o máximo possível de situações extraconcursais. Atingir esta meta seria a concretização da eficiência no processo falimentar.

De forma a alcançar – ou, olhando de forma mais realista, se aproximar – de seu objetivo final, a falência deve lidar com o máximo cuidado com aquele que é, sem dúvida, o maior obstáculo à sua eficiência: o tempo.

O decurso do tempo diminui o valor dos bens do devedor e aumenta o valor dos débitos contraídos por ele[205].

---

204 JACKSON, Thomas H. *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*. Washington D.C: Beardbooks. 2001. p. 28

205 Sobre a intrincada relação entre o tempo, o pagamento dos credores e a liquidação dos ativos em processos de falência e recuperação de empresas merecem consulta os seguintes textos: BAIRD, Douglas G. and MORRISON, Edward

O passar do tempo faz com que os encargos financeiros originalmente pactuados nas diversas obrigações assumidas pelo falido aumentem gradativamente e tornem mais remota a possibilidade de serem minimamente honrados pelo patrimônio crescentemente depreciado do devedor.

Por outro lado, a manutenção da falência ao longo do tempo implica no surgimento de vários custos diretos a serem arcados pelo Poder Público, pelos bens do falido ou pelos credores. O prolongamento da falência exige mais horas de trabalho de juízes, serventuários da Justiça e de órgãos administrativos (que serão pagas pelo Poder Público) assim como do administrador judicial e de peritos em geral (a serem pagos com o já combalido patrimônio do devedor) e, também, dos próprios credores e seus advogados.

Um pequeno exemplo ligado à Teoria dos Jogos permitirá aclarar ainda mais a razão pela qual o tempo é o maior obstáculo à eficiência do processo falimentar. Trata-se de um modelo simplificado citado por Douglas G. Baird, Robert H. Gertner e Randal C. Picker[206] para ilustrar os chamados *Rubinstein bargaining games* (em homenagem aos estudos de Ariel Rubinstein sobre o tema).

Imagine-se duas pessoas sentadas em uma mesa, diante de uma nota de R$ 100,00, com o objetivo de decidir

---

R., "*Optimal Timing and Legal Decisionmaking: The Case of the Liquidation Decision in Bankruptcy"* (October 1999). University of Chicago Law School, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 86. VON THADDEN, Ernst-Ludwig, BERGLÖF, Erik and ROLAND, Gérard, *"Optimal Debt Design and the Role of Bankruptcy"* (August 2003). Available at SSRN: http://ssrn.com.

206 BAIRD, Douglas G. GERTNER, Robert H. PICKER, Randal C. *Game Theory and the Law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press. 1998. p. 220/221.

como irão repartir tal montante entre si. Uma delas faz uma oferta inicial, que pode ser aceita ou rejeitada pelo outro indivíduo, seguida por uma contraproposta que, por sua vez, será aceita pelo primeiro proponente ou, alternativamente, seguida de uma nova contraproposta.

Fato é que, a cada rodada de novas negociações, ambos os envolvidos perdem, tanto porque deixam de fazer uso de sua quota-parte do valor a ser dividido (o que lhes poderia trazer ganhos com juros etc.) quanto porque o valor a ser dividido é depreciado pela inflação. Inegável então que à medida que se prolongue a decisão sobre a forma de repartição do ativo em questão (a nota de cem reais), menos eficiente será o resultado final.

Com a falência ocorre o mesmo. O processo falimentar se presta a repartir os bens do falido entre seus credores. Os bens do falido são representados, no modelo, pela nota de cem reais, e os proponentes são os credores. Quanto mais se adia a efetiva repartição dos bens, mais perderão todos os envolvidos.

A falência torna-se, então, não uma maneira de transferir os bens do devedor para seus credores, mas uma fonte de custo social.[207] Aumenta a distância entre o valor dos bens do devedor o montante atualizado de seus débitos. Ao contrário, se o processo falimentar é célere, maximiza-se o valor de mercado dos bens do devedor e são reduzidos

207 POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Seventh Edition. Wolters Klumer Law & Business. Aspen Publishers. 2007. p. 427.

tanto os encargos financeiros de seus débitos, quanto os custos com a administração da falência.

Exatamente em função dos efeitos danosos do tempo para a eficiência do processo falimentar o art. 75 da Lei n. 11.101/05 acrescenta, em seu parágrafo único, a celeridade e a economia processual ao lado da *par condicio creditorum* e da maximização da riqueza como os princípios fundamentais da falência em nosso ordenamento. Deve-se buscar o maior resultado com o mínimo de emprego de atividade processual, de modo a maximizar o valor dos ativos do devedor e otimizar sua divisão entre os credores[208].

Porém, não se deve deixar de lado também a constatação de que a maximização dos direitos dos credores contra o falido muitas vezes depende de algumas medidas processuais incidentais, tendentes a manter a integralidade dos bens do devedor. Os dois principais incidentes previstos na legislação falimentar com o objetivo de evitar acréscimos ou diminuição indevida nos bens do devedor são, como se verá, o Pedido de Restituição (art. 85 e 86 da Lei n 11.101/05) e a ação revocatória (art. 129 e 130 da Lei n. 11.11/05).

208 Sobre a maximização do patrimônio do devedor e preservação dos direitos dos credores como objetivos fundamentais da legislação falimentar veja: KORDANA, Kevin A. POSNER, Eric A. *A Positive Theory of Chapter 11. John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 61 (2nd series). http//.www.law.uchicago.edu/publications/Working/index.html.* BEBCHUK, Lucien Arye. Chapter 11. *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Vol. 3. 1998. p. 219/224.

"A persistência da memória", de Salvador Dalí (1931).
A simples passagem do tempo tem efeitos devastadores sobre os objetivos do processo falimentar, na medida que compromete o valor dos bens do devedor e aumenta a espera dos credores pelo cada vez mais improvável

II – Fundamentos do requerimento falimentar

Para que se possa aplicar a falência a uma determinada pessoa física ou jurídica empresária é necessário constatar, ainda que de forma presumida, a sua insolvência patrimonial.

A legislação falimentar estabelece, portanto, alguns atos que, se praticados por determinado empresário ou sociedade empresária, permite presumir sua incapacidade patrimonial para honrar, de forma integral e tempestiva, suas dívidas.

Vale notar que a legislação falimentar se vale do que se pode chamar de *insolvência presumida*, pois ao Poder Judiciário cabe apenas constatar a prática de um ou mais dos atos legalmente enumerados como sinais exteriores de insolvência[209].

209 "*Um dos pressupostos da instauração deste específico processo judicial*

Não é, portanto, necessário demonstrar o efetivo déficit patrimonial do empresário, o que somente se conseguiria com a realização de uma série de procedimentos contábeis demasiado demorados e custosos a ponto de efetivamente inviabilizar a própria decretação, nos casos pertinentes, da falência.

Diante do sistema de *insolvência presumida* pode-se, inclusive, conceber um outro paradoxo teórico no processo de falência, qual seja: a possibilidade de decretação da falência de um empresário economicamente solvente.

Para isso, basta que tal empresário cometa algum dos atos previstos pelo art. 94 da Lei n. 11.101/05. Este simples cometimento é suficiente para fundamentar a decisão judicial de sua falência, já que ao juízo não é prevista, como dito, a investigação da real e efetiva situação patrimonial do devedor, mas apenas a prática de um ou mais atos que permitam presumir a insolvência patrimonial.

É no art. 94 da Lei n. 11.101/05 que se encontram os atos que, uma vez praticados pelo empresário ou sociedade empresária, presumem sua insolvência e acarretam a

---

de execução é, portanto, a insolvência. Atente-se que não deve ser entendido esse pressuposto em sua acepção econômica, ou seja, como estado patrimonial de insuficiência de bens de um sujeito de direito para integral solução de suas obrigações. Deve ser a insolvência compreendida num sentido jurídico preciso que a lei falimentar estabelece. Para que o devedor empresário se submeta à execução concursal falimentar, é rigorosamente indiferente a prova da inferioridade do ativo em relação ao passivo. Não é necessário ao requerente da quebra demonstrar o estado patrimonial de insolvência do requerido para que se instaure a execução concursal falimentar, nem, por outro lado se livra da execução concursal o empresário que lograr demonstrar eventual superioridade do ativo em relação ao passivo." COELHO. Fábio Ulhôa. *Comentários à Lei de Falência e de Recuperação de Empresas.* 12ª edição. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2017. Pg. 348/349.

possibilidade de decretação de sua falência. São eles a impontualidade, a execução individual frustrada e a prática de um ou mais dos chamados atos falimentares.

Consiste a *impontualidade* na falta de pagamento de obrigação líquida e vencida, devidamente protestada, sem que haja, para o devedor, relevante razão de direito a fundamentar o não pagamento.

Assim, para a lei falimentar o fato de o empresário ou sociedade empresária omitir, imotivadamente, o pagamento de uma obrigação líquida e vencida permite presumir a insolvência deste devedor.

Há, porém, alguns requisitos para que se possa falar em *impontualidade*, no sentido dado pelo art. 94 da Lei n. 11.101/05.

O primeiro deles refere-se ao vencimento da obrigação em questão. A data de vencimento marca, na generalidade das obrigações, o início da exigibilidade da prestação cabível, pelo devedor, em favor do credor. Antes da data de vencimento, portanto, a obrigação é inexigível, sendo juridicamente impossível fala-se em inadimplemento[210].

Outro requisito da *impontualidade* refere-se à liquidez da obrigação não cumprida. Liquidez remete à certeza sobre a quantidade e qualidade do que é devido. A dívida é líquida quando a prestação devida é certa e única quanto à sua qualidade e quantidade.

---

210 Há os casos em que a legislação estabelece eventos capazes de provocar a antecipação da data original de vencimento da obrigação. É, por exemplo, a hipótese da recusa de aceite, em documentos de crédito que comportem essa declaração cambial (Dec. Lei n. 57663/66, art. 43).

Essa certeza é também presumida quando há, em relação à tal prestação, um documento que a suporte, do ponto de vista jurídico. Trata-se dos chamados títulos executivos. Como já se demonstrado, tais documentos são de origem judicial ou extrajudicial e trazem embutidos em si, seja pelas suas formalidades de constituição, seja por sua origem, elementos que permitem confiar em sua liquidez.

Os títulos executivos são, por lei, considerados necessários e suficientes para a propositura de uma ação de execução individual contra o devedor, dada a credibilidade jurídica de que são cercados. De forma análoga, também são considerados suficientes para o fim de sustentar o pedido de instauração da execução coletiva contra determinado devedor.

Portanto, a liquidez da obrigação decorre, para fins de demonstração da *impontualidade* aqui tratada, de sua corporificação em um título executivo judicial ou extrajudicial.

O protesto do documento escritural ou cartular que corporifica a obrigação líquida e vencida não adimplida pelo devedor é também um requisito necessário ao requerimento de falência com base em *impontualidade*.

O protesto é definido como ato formal, realizado extrajudicialmente e destinado a provar a falta de cumprimento de uma obrigação contida em um título executivo (art. 10 da Lei n. 9.492/97).

Realizado no Tabelionato de Protestos competente na localidade aonde deveria ter sido cumprida a obrigação

estabelecida no título, o protesto destina-se, em síntese, a provar a diligência e interesse do credor em receber seu direito, demonstrando, com a realização desta prova, sua ação e também a omissão do devedor quanto ao cumprimento de sua obrigação.

Vale ressaltar que o protesto aqui exigido é necessário inclusive nos casos em que este ato é facultativo, para fins de execução individual contra o devedor. Isto significa dizer que mesmo documentos aptos a instruir uma execução singular sem que sejam protestados deverão passar por este ato, para fins do pedido de instauração do processo falimentar contra o devedor. Constata-se, desta forma, que mesmo os documentos sujeitos a protesto facultativo têm protesto necessário para fins falimentares[211].

A Lei n. 11.101/05 concebe a *impontualidade*, para fins falimentares, como o inadimplemento imotivado, ou seja, exclui desta noção os casos em que o não cumprimento da obrigação se funda em uma ou mais das relevantes razões de direito elencadas pelo art. 96.

É evidente que quando a recusa do devedor em quitar a obrigação por ele assumida está fundada em elementos como falsidade do título ou sua prescrição, não cabe sequer presumir insolvência, mas sim o exercício do

---

211 "*Qualquer que seja o título, ele deve estar protestado, ainda que se trate de título normalmente não sujeito a protesto, como os títulos executivos judiciais, isto é, mesmo sentenças condenatórias precisam ser protestadas para fins de configuração da insolvência*". TOMAZETTE. Marlon. *Curso de Direito Empresarial.* 6ª edição. São Paulo. Ed. Saraiva. 2018. Pg. 319.

direito de não pagar uma dívida sobre a qual exista alguma causa de inexigibilidade.

Por fim, a Lei n. 11.101/05 estabelece um valor mínimo para a obrigação líquida e vencida capaz de fundamentar o requerimento de falência do devedor com base em *impontualidade*. Diz o art. 94 que a obrigação deve ser de, pelo menos, o valor correspondente a 40 (quarenta) salários mínimos, vigente na data do requerimento.

Esta exigência visa impedir que a *impontualidade* possa ser demonstrada por dívidas de quaisquer valores, o que se admitia na vigência do antigo Dec. Lei n. 7661/45. Como não havia a previsão de valor mínimo para o título executivo que fundamentasse o requerimento falimentar com base na *impontualidade*, os credores passaram a abdicar da execução individual em favor do ajuizamento de pedido de falência, o qual sem dúvida é comparativamente mais célere e tem o poder de pressionar o devedor ao pagamento integral da dívida, uma vez que sob risco de decretação de quebra.

Assim, o requerimento falimentar tornou-se, na vigência da antiga legislação, uma forma mais eficiente de execução singular, em detrimento de sua finalidade de permitir ao Poder Judiciário a constatação da insolvência presumida do devedor, para fins de instauração do processo concursal.

Deste modo, a Lei n. 11.101/05 passou a adotar um critério quantitativo mínimo para fins de verificação da relevância da obrigação devida, sendo importante

lembrar que é permitido que vários devedores possam, em litisconsórcio, ajuizar o requerimento em questão, desde que seus créditos representem, somados, o valor mínimo ora referido.

A instrução de um requerimento falimentar com base na *impontualidade* é bem simples. Deverá o requerente fazer prova de sua legitimidade e, se empresário, regularidade (art. 97 da Lei n. 11.101/05), bem como apresentar o(s) titulo(s) executivos no(s) qual(is) esteja(m) corporificada(s) a(s) obrigação(ões) não quitada(s) pelo devedor, bem como a certidão de protesto.

O segundo fundamento para o requerimento falimentar refere-se ao que se denomina execução singular *frustrada*. Trata-se da execução singular na qual não houve quitação da obrigação devida, nem nomeação de bens à penhora (art. 94, II da Lei n 11.101/05).

Como já salientado, o caminho natural para o credor que deseja receber judicialmente seu direito de crédito é a execução singular, na qual ele pleiteará apenas seu direito de crédito em relação ao seu devedor, podendo fazer recair sobre o patrimônio deste último a demanda.

Porém, se uma execução singular é frustrada pela falta quitação ou de nomeação bens à penhora, entende por bem a legislação que este credor possa, com base em tal execução, requerer a instauração do procedimento concursal contra seu devedor, dado o claro sinal de insolvência deste último, dado na execução singular contra ele proposta.

Vale ressaltar que o requerimento de falência amparado nesta hipótese (execução individual *frustrada*) não faz qualquer referência a valor mínimo, habilitando o credor independentemente do montante da dívida cobrada.

Assim, se o valor da dívida é igual ou superior a 40 (quarenta) salários mínimos, o credor pode optar pela execução singular ou pela propositura do requerimento de falência com base na *impontualidade*. Se, porém, a dívida cobrada é inferior a este montante, a lei falimentar exige que o credor se valha, primeiro, da execução singular e, somente em caso de frustração desta última, possa formular o requerimento de falência.

O terceiro e último fundamento possível para o pedido de falência está na demonstração de que o devedor tenha praticado um ou mais dos atos previstos pelo n. III do art. 94, da Lei n. 11.101/05, os chamados *atos falimentares*. São um ou mais atos praticados pelo empresário ou sociedade empresária que permitem presumir sua insolvência patrimonial, como nos casos da impontualidade ou da execução individual frustrada.

O primeiro destes atos é a liquidação precipitada de ativos ou a realização de pagamentos por meios ruinosos ou fraudulentos.

Não se deve confundir a liquidação precipitada de ativos ora tratada com as chamadas "liquidações" ou "queimas de estoque" frequentemente praticadas no meio comercial. Nada há de questionável ou economicamente suspeito no ato do empresário que decide, periodicamente,

vender com descontos os produtos que consistem na sua atividade, seu objeto social.

A liquidação ora tratada é aquela que envolve a alienação ou transferência de bens que compõem o ativo permanente ou imobilizado do empresário. Grosso modo, são os bens que ele utiliza como instrumento para a produção ou negociação de seus produtos, os quais compõe seu estabelecimento e viabilizam sua atividade.

A venda destes bens de forma excessivamente rápida ou a condições estranhamente favoráveis para os compradores é o que caracteriza o desespero econômico capaz de presumir a incapacidade de pagamento do empresário e seu déficit patrimonial.

Já os ditos meios ruinosos ou fraudulentos de pagamento consistem no ato do empresário assumir o quitar obrigações de maneira excessivamente favorável ao credor pago, de modo a sinalizar sua tentativa desalentada de preservar sua atividade ou, pior, fraudar o concurso de credores com o benefício de uns em detrimento de outros.

É também ato falimentar a prática ou a tentativa de atos simulados e/ou destinados a fraudar o direito dos credores de fazerem recair sobre o patrimônio do empresário as obrigações por ele assumidas. A tentativa de "esvaziamento" patrimonial da sociedade empresária através de alienações a preços excessivamente baixos ou simplesmente pela cessão de bens a terceiros constitui grave ato praticado pelo devedor, e, além de consubstanciar fundamento suficiente para o requerimento falimentar,

suporta também, como se verá, a possibilidade de ação revocatória sobre tais atos.

Um outro ato falimentar previsto pela Lei n. 11.101/05 é o trespasse sem o prévio pagamento ou consentimento dos credores. Restou demonstrado que o trespasse é o contrato que tem por objeto a transferência da titularidade sobre o estabelecimento empresarial. Disciplinado nos art. 1.142 a 1.149 do Código Civil, constitui negócio jurídico admitido no meio jurídico empresarial. O simples trespasse não é, portanto, um ato falimentar.

Porém, a plena eficácia do trespasse em relação a terceiros exige, para aquele empresário que ficar sem bens suficientes para pagar suas dívidas, o prévio pagamento ou consentimento dos credores (art. 1.145 do Código Civil). O que constitui ato falimentar é, portanto, a realização do trespasse sem o prévio consentimento ou pagamento dos credores do empresário alienante.

A prestação de *reforço de garantia* é também ato reputado como presunção de insolvência por parte do empresário. Constitui o ato de conferir a um ou mais credores, após a constituição da dívida, uma determinada garantia pessoal ou real adicional. Para sua caracterização como ato falimentar é necessário que o devedor fique sem bens suficientes para saldar suas dívidas.

É, por exemplo, o caso de um credor de natureza quirografária que, após a constituição de seu crédito, recebe do devedor um bem imóvel em hipoteca, como forma de garantia real da dívida em questão.

O ato de oferecer a um credor esta garantia adicional sinaliza a intenção de favorecê-lo em relação aos demais, de forma a tornar seu crédito com maior possibilidade de recebimento no concurso falimentar. Este favorecimento afronta o princípio da *par condicio creditorum*, que, como já demonstrado, é basilar no concurso de credores constituído pela falência.

Não se confunda esta hipótese, entretanto, com o ato do devedor de assumir novas dívidas e, no momento da constituição delas, oferecer garantias reais ou pessoais ao credor. Enquanto não decretada sua falência, o empresário tem livre disponibilidade de seu patrimônio e pode, inclusive, contrair novas obrigações (mesmo com garantias reais e pessoais) sem que se considere isso, por si só, ato falimentar.

O ato de ausentar-se ou tentar ocultar-se do estabelecimento também está entre os atos falimentares previstos pelo art. 94, III da Lei n. 11.101/05. Esta ausência ou ocultação, para fins de caracterização do ato falimentar, é aquela na qual o empresário ou administrador da sociedade empresária não deixa devidamente nomeado e com poderes de gestão, um ou mais representantes. Caracteriza o abandono puro e simples das atividades e faz presumir a insolvência patrimonial.

O último ato falimentar (e talvez o mais relevante, do ponto de vista de sua aplicação) é o descumprimento, pelo empresário ou sociedade empresária, de plano de recuperação judicial ou extrajudicial.

Já foi aqui visto que o empresário em recuperação judicial ou extrajudicial tem o dever de cumprir integral e tempestivamente todos os atos previstos no plano aprovado. Em caso de descumprimento, resta legalmente presumida sua insolvência patrimonial e necessária a instauração do procedimento falimentar.

A grande dificuldade dos atos falimentares está, exceto nesta última hipótese, na demonstração de sua ocorrência. O procedimento destinado a permitir ao juízo a constatação da prática de ato falimentar comporta dilação probatória (art. 94 par. 5º da Lei n. 11.101/05), não sendo necessário ao requerente da falência trazer aos autos, com a petição inicial, todas as provas que comporão o feito.

Apesar disso, são menos frequentes os pedidos de falência embasados nesses atos falimentares, os quais carecem, em geral, de instrução probatória de complexa realização, o que causa dificuldades para o requerente.

III – O processamento do requerimento e a sentença falimentar

Uma vez requerida a falência de um determinado empresário ou sociedade empresária, instaura-se o chamado procedimento pré-falimentar. Ele tem esse nome porque destina-se à constatação sobre a ocorrência ou não de ato suficiente para a decretação judicial da falência do empresário. Assim, enquanto transcorre tal procedimento,

não há, em relação ao requerido, situação de falência, a qual somente advirá ao final, se julgado procedente o requerimento apresentado.

Uma vez recebida, pelo juízo competente (art. 3º) a petição inicial apresentada por quem seja legitimado a fazê-lo (art. 97) e estando ela devidamente instruída, mandará a autoridade judicial citar o empresário ou sociedade empresária requerida, para, no prazo de 10 dias (art. 98), contestar o pedido formulado.

Nos casos de requerimentos fundamentados em *impontualidade* ou *execução frustrada*, poderá o requerido realizar, no prazo para contestar o pedido, o depósito judicial da quantia objeto do direito do credor ou credores requerentes da falência (art. 98, pár. Único).

Trata-se do chamado *depósito elisivo*, que é assim chamado porque suprime a procedência do requerimento falimentar, já que, se o fundamento era o não pagamento de dívida líquida vencida ou seu inadimplemento mesmo após proposta a execução individual, o ato de depositar em juízo o valor devido faz desaparecer a presunção de insolvência que pairava, até aquele momento, sobre o empresário requerido.

Vale ressaltar que tal depósito deve ser composto da integralidade da dívida em questão, somados os juros e correção monetária pertinentes, bem como os honorários advocatícios. Não se admite, nesta fase, qualquer negociação entre o requerente e o requerido, de forma a evitar que o

requerimento falimentar se torne um simples instrumento de cobrança de dívida.

Poderá o requerido contestar o pedido e, cumulativamente, realizar o *depósito elisivo*. Nesta hipótese, se a contestação apresentada for acolhida pelo juízo competente, a sentença será de improcedência do requerimento falimentar e o juízo autorizará que o empresário requerido levante o valor por ele depositado.

Caso a contestação apresentada não seja acolhida pelo juízo, ele autorizará o credor requerente da falência a levantar o valor depositado em seu favor, de forma que não há decretação da falência.

O empresário poderá também optar, no prazo para contestar o pedido de falência contra ele formulado, pelo pedido de recuperação judicial (art. 95). Se assim o fizer, fica suspenso o julgamento do pedido de falência, em detrimento da apreciação do requerimento de recuperação apresentado pelo empresário devedor.

Caso tenha por procedente o requerimento falimentar, o juízo decretará, por sentença, a falência do empresário ou sociedade empresária requerida. Tal sentença, denominada sentença falimentar, faz recair sobre o requerido a condição de falido e tem o poder de dar início ao procedimento de formação do concurso de credores.

Além disso, a sentença em questão estabelece uma série de importantes providências, como a nomeação do administrador judicial, a fixação do termo legal da falência,

o início do prazo para habilitação dos credores e outras, previstas pelo art. 99 da Lei n. 11.101/05.

Termo legal da falência é o período anterior à sentença falimentar dentro do qual serão presumidos como lesivos ou prejudiciais aos credores todos os atos praticados pelo empresário.

A falência é a consequência final de um longo caminho de insucesso econômico do empresário. Como se salientado, não se pode presumir a desonestidade ou intuito fraudulento do empresário que vai à falência.

Isso não impede, porém, a presunção de que, no período imediatamente anterior à falência, tal empresário não tenha agido de forma desesperada para preservar seus bens e sua atividade. Tal desespero leva frequentemente à prática de atos que acabam por comprometer seu patrimônio, como a venda de bens a preços excessivamente baixos ou a constituição de dívidas excessivamente onerosas para ele, devedor.

É por isso que a legislação prevê um período dentro do qual serão presumidamente lesivos ao interesse dos credores todos os atos praticados pelo empresário ou sociedade empresária sujeito à falência. Este é o *termo legal* da falência, o qual é fixado pelo juiz na forma do art. 99, II da Lei n 11.101/05.

Como providência da sentença falimentar o juízo mandará o devedor apresentar, no prazo de 5 (cinco) dias, em cartório, a relação nominal de seus credores. O objetivo

aqui é dar conhecimento a todos os interessados a respeito do montante das dívidas do empresário.

Esta relação é apenas uma primeira amostragem das dívidas assumidas pelo empresário em questão e não necessariamente a real situação de suas obrigações, algo que somente será possível conhecer após todo o procedimento de habilitação e verificação de créditos.

Por isso, quaisquer pessoas que se considerem credoras do empresário poderão se habilitar na forma da lei, bem como outras que eventualmente sejam enumeradas por essa relação apresentada pelo empresário poderão ser dela retiradas se não demonstrada a existência de seu direito de crédito.

A sentença falimentar é também causa de suspensão de todas as ações e execuções individuais contra o empresário ou sociedade empresária devedora. É consequência essencial do concurso de credores que todas as pessoas titulares de direito de crédito contra o empresário tenham necessariamente que demandar, no juízo falimentar, seus direitos.

Somente quando submetidos a um juízo e procedimento único e universal tais credores poderão receber o tratamento igualitário, conforme a natureza de seus créditos, de forma a concretizar o princípio da *par condicio creditorum*[212].

212 As exceções previstas, por exemplo, no art. 6º visam, como já demonstrado, permitir a formação de títulos executivos em favor de pessoas que ainda não disponham deste documento em relação ao empresário.

IV - Efeitos da sentença falimentar em relação à pessoa e às obrigações do falido

A sentença falimentar faz recair sobre o empresário e sobre suas atividades algumas importantes consequências.

A primeira delas é a denominada inabilitação empresarial (art. 102 da Lei n. 11.101/05), que significa a impossibilidade de que a pessoa do empresário falido continue a exercer atividade de natureza empresarial.

A falência não é, repita-se, necessariamente decorrente de fraude ou má fé do empresário, mas seria um contrassenso admitir que a pessoa física ou jurídica falida pudesse continuar a exercer atividade empresarial em nome próprio[213].

Tal inabilitação é temporária, iniciando-se com a sentença falimentar do art. 99 e encerrando-se com a sentença que julga extintas as obrigações existentes no processo falimentar (art. 159 da Lei n. 11.101/05).

O segundo efeito da sentença falimentar está na perda, pela pessoa do falido, do direito de administrar e dispor de seu patrimônio (art. 103 da Lei n. 11.101/05). A partir do momento da sentença falimentar e posse do administrador judicial, caberá a este último a gestão e custódia do patrimônio do empresário ou sociedade empresária falida.

213 No caso das pessoas jurídica falidas (sociedades empresárias e Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada) a inabilitação empresarial recairá sobre a pessoa do(s) seu(s) administrador(es).

Não há perda da propriedade sobre os bens do empresário, a qual somente se verificará após sua venda judicial. Apenas há cessação dos poderes de gestão sobre o patrimônio, de forma a evitar que atos do empresário possam comprometer sua integralidade.

A perda da administração do patrimônio não retira do empresário o direito geral de fiscalização dos atos praticados em relação a seus bens, assim como o direito de peticionar ao juízo falimentar, em caso de constatação da alguma possível irregularidade praticada em relação aos seus interesses ou bens envolvidos no processo falimentar.

A lei n. 11.101/05 elenca ainda, em seu art. 104, outros deveres exigíveis do empresário ou dos administradores da sociedade empresária falida. Em síntese, consubstanciam-se em um dever geral de informação, que se concretiza na obrigação de oferecer a todo e qualquer interessado as informações referentes a suas atividades e patrimônio, e no dever geral de ser fazer presente ou devidamente representado nos atos que envolvam a arrecadação ou venda de seus bens.

A sentença falimentar gera significativos efeitos também em relação às obrigações contratuais pendentes de cumprimento, pelo empresário ou sociedade empresária falida. Na regulação do assunto a Lei n. 11.101/05 estabelece uma regra geral para os contratos bilaterais (art. 117), outra para os contratos unilaterais (art. 118) e fixa, em normas específicas, efeitos para determinadas modalidades contratuais (art. 119 a 121).

Em relação aos contratos bilaterais, a regra geral é de que eles sejam cumpridos pelo administrador judicial, na forma como originalmente pactuado, desde que tal cumprimento represente redução do passivo envolvido no concurso ou preservação dos ativos.

Quanto aos contratos unilaterais, a regra geral é inversa, já que seu cumprimento somente poderá se efetuar quando representar uma redução do passivo do falido ou forma de preservação de seus ativos. Esta diretriz normativa se mostra correta, posto que não faz sentido dar execução a um contrato no qual somente o empresário falido tinha a obrigação de prestar (como uma doação, por exemplo) às custas de um patrimônio que se revela deficitário e incapaz de pagar todos os credores.

Capítulo XIV – A formação da massa falida objetiva

1 – Arrecadação, avaliação e custódia dos bens do falido

A sentença falimentar provoca o início de duas fases do processo de falência que são fundamentais para sua conclusão e ocorrerão paralelamente. Trata-se da habilitação e verificação de créditos e da arrecadação dos ativos do falido.

A habilitação e verificação de créditos tem, como já demonstrado no Capítulo V, a função de fixar todas as obrigações exigíveis na falência, individualizando os credores e os classificando conforme a natureza do seu crédito.

Já a arrecadação dos ativos do falido tem por objetivo permitir que o administrador judicial tome posse de todos os bens penhoráveis disponíveis no patrimônio do empresário ou sociedade empresária falida. São estes bens que, após arrecadados e avaliados, serão vendidos em juízo e seu produto será rateado, na forma da lei, entre as pessoas constantes do Quadro Geral de Credores.

Além de tomar posse dos bens e ativos de qualquer natureza disponíveis sob a titularidade do empresário ou sociedade empresária falida, cabe ao administrador judicial o dever de preservar a integridade de tais bens, bem como conferir-lhes um valor em moeda corrente, ou seja, avaliá-los.

A arrecadação dos bens do falido é responsabilidade do administrador judicial, que deverá iniciá-la imediatamente após tomar posse (art. 108 da Lei n. 11.101/05).

Para viabilizar a arrecadação, o administrador judicial deverá analisar todos os documentos do falido, de forma a identificar a localização de cada bem suscetível de arrecadação, podendo também executar diligências e exigir informações do próprio falido ou representantes da sociedade falida.

Todos os bens penhoráveis do falido ou da sociedade falida são suscetíveis de arrecadação e avaliação, para fins de venda e pagamento dos credores participantes do concurso. As causas de impenhorabilidade para fins civis prevalecem também para fins falimentares (art. 108 par. 4º da Lei n. 11.101/05), de forma que os bens absolutamente impenhoráveis não podem ser arrecadados.

A avaliação dos bens é também atribuição do administrador judicial, que deve realizá-la, em princípio, concomitantemente à sua arrecadação. É certo que há bens cuja avaliação é especificamente difícil, dada a natureza deles. Desta forma, a Lei n. 11.101/05 autoriza, em seu art. 110 par. 4º, que, nestes casos, o administrador judicial solicite, fundamentadamente, prazo suplementar para apresentação de laudo técnico referente à avaliação deste bem.

Os bens arrecadados ficarão sob a guarda do administrador judicial ou de pessoa por ele escolhida, sob responsabilidade daquele, podendo o falido ou qualquer

de seus representantes ser nomeado depositário dos bens, além de poder acompanhar todo o procedimento de arrecadação e avaliação dos bens (art. 108 par. 1º e 2º da Lei n. 11.101/05).

No ato de arrecadação de um ou mais bens do falido o administrador judicial deve formalizar tal ato em um documento denominado Auto de Arrecadação, do qual são componentes o inventário dos bens arrecadados, o laudo de avaliação deles e a assinatura do administrador judicial, do falido ou seus representantes, bem como de todas as testemunhas presentes (art. 110 da Lei n. 11.101/05).

O art. 111 da Lei n. 11.101/05 permite que um ou mais credores possam, se assim desejarem, adquirir um ou mais dos bens arrecadados pelo administrador judicial, desde que o façam pelo valor de avaliação, com respeito à ordem de preferência entre credores e com anuência do Comitê, se existente.

Neste momento do processo falimentar é possível que o administrador judicial, no cumprimento do seu dever de tomar posse de todo e qualquer bem ou ativo penhorável integrante do patrimônio do falido, venha a tomar posse de um ou mais bens que, supunha ele, eram de titularidade do falido, mas, na verdade, são propriedade de outra pessoa.

Por outro lado, é também possível que atos do falido, praticados no período imediatamente anterior à decretação de sua falência, tenham acarretado transferências ou perdas indevidas de ativos, os quais devem ser usado para pagar os credores.

Assim, a arrecadação de ativos tanto pode tomar posse de algo que seja de outrem como pode ficar comprometida pelo "esvaziamento" patrimonial realizado, pelo falido, por atos anteriores à sentença falimentar.

Ambas as situações representam externalidades negativas no processo falimentar e contam com instrumentos para serem legalmente reparadas, os quais são, respectivamente o pedido de restituição (art. 85 e 86 da lei n. 11.101/05) e a ação revocatória (art. 129 e 130 da Lei n. 11.101/05).

II – O Pedido de Restituição e a Ação Revocatória como instrumentos de redução de externalidades negativas na falência

A crise econômica da empresa, quando culmina por levá-la à falência, não é um evento isolado. Na verdade, a falência é a consequência final de um conjunto de insucessos negociais enfrentados pelo empresário ou pela sociedade empresária, insucessos estes que têm as mais diversas causas e se prolongam, via de regra, por um tempo bastante razoável, até que seja decretada a quebra.

Quando a empresa começa a causar prejuízos, é natural que seus titulares tentem de todas as formas reverter o rumo dos acontecimentos. É comum, então, que

sejam praticados atos negociais que, pelas circunstâncias, não são acompanhados das devidas cautelas.

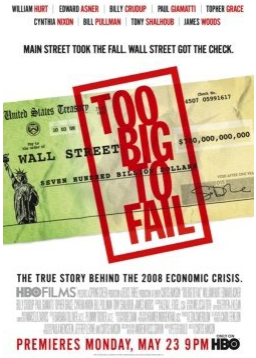
Os titulares da empresa passam a tentar desesperadamente o pagamento das dívidas, mesmo que, para isso, tenham que dispor inadequadamente dos bens componentes do estabelecimento ou praticar outros atos que acabam por, diretamente ou não, comprometer cada vez mais o patrimônio da sociedade empresária.

O resultado destas tentativas desesperadas de evitar a atração pela falência é que, após sua decretação, o patrimônio do falido encontra-se dilapidado indevidamente ou distribuído entre determinados credores, mais diligentes. Em ambos os casos acaba violado o princípio da igualdade de tratamento entre os credores da mesma natureza.

É possível ainda que os titulares da empresa, percebendo a aproximação da quebra, atuem intencionalmente no sentido de fraudar os direitos de todos ou alguns de seus credores, ou mesmo de beneficiar terceiros com a transferência indevida do patrimônio da sociedade empresária.

Quando, por exemplo, constata-se que uma sociedade empresária falida pagou, antes da quebra, uma dívida não vencida, em detrimento de outras já vencidas, fica claro que este ato afeta o direito de todos os outros credores sobre o patrimônio do falido e beneficia ilegitimamente o credor que recebeu integralmente seu crédito, antes mesmo do vencimento[214].

214 A generalidade dos ordenamentos estrangeiros coíbe de maneira veemente



O filme "Grande demais para quebrar" (Too big to fail. Direção Curtis Hanson. Produção HBO. Estados Unidos, 2011) aborda a crise econômica ocorrida em 2008 e as várias externalidades decorrentes da insolvência.

As consequências deste ato do falido não serão suportadas por ele, já que, após a quebra, não mais dispõe de seu patrimônio. Os custos decorrentes deste favorecimento a determinado credor recaem, em caso de falência, sobre todos os demais credores do falido, uma vez que haverá menos patrimônio a partilhar. Um ato como este é um exemplo de externalidade.

---

as tentativas do falido no sentido de violar a igualdade de tratamento entre seus credores. Confira na Espanha: CRUELLS, Joaquín Torres de. CALVET, Román Mas y. *La Suspensión de Pagos*. Barcelona: Ed. Bosch. 1995. p. 482 e FÉRNANDEZ-AGUADO. Juan Inácio. Análisis de las facultades de los acreedores. *Boletín del ilustre colegio de abogados de Madrid*. N. 31. 3ª época. Octubre 2005. p. 213. Em Portugal: DUARTE, Henrique Vaz. *Questões sobre Recuperação e Falência*. 2ª edição. Coimbra: Almedina. 2004. p. 333. Na França: MARTIN, Jean-François. *Redressement et Liquidation Juciaire des Entreprises*. Paris: Dalloz. 1999. p. 207. Na Itália: FERRARA Jr, Francesco. BORGIOLI, Alessandro. *Il Falimento*. Milano: Giuffrè Editore. 1995. p. 403 e segs. O direito norte-americano será tratado no texto quando abordada a chamada *fraudulent conveynance*.

"*Uma externalidade surge quando um indivíduo ou uma firma leva a cabo uma ação que afeta outros diretamente, sem que tenha de pagar pelo resultado maléfico ou sem que seja remunerado pelo resultado benéfico.*"[215]

Externalidade é, em síntese, a consequência que o ato de uma pessoa física ou jurídica provoca sobre os direitos de terceiros naqueles casos em que não o agente, mas os terceiros afetados pelo ato em questão, arcam com os custos advindos desta conduta ou auferem os ganhos dela decorrentes.

Quando o ato praticado provoca um efeito negativo sobre os direitos de terceiros e estes efeitos negativos são custeados por eles, fala-se em externalidade negativa. Quando, ao contrário, o ato praticado provoca um efeito positivo sobre os direitos de terceiros e estes ganhos não são custeados por eles, verifica-se uma externalidade positiva.

"Uma externalidade surge quando uma pessoa se dedica a uma ação que provoca impacto no bem-estar de um terceiro que não participa dessa ação, sem pagar nem receber nenhuma compensação por esse impacto. Se o impacto sobre o terceiro é adverso, é chamado externalidade negativa; se é benéfico, é chamado de externalidade positiva." [216]

A poluição emitida em decorrência da atividade empresarial é um genuíno exemplo de externalidade

215 STIGLITZ, Joseph E. WALSH, Carl E. *Introdução à Microeconomia*. São Paulo: Ed. Campus. 2002. Pg. 194.

216 MANKIW, Gregory. *Introdução à Economia*. 3ª edição São Paulo: Thomson. 2005. p.204.

negativa. Quando não preocupadas em conter o nível de poluição por elas produzida, as empresas não gastam nada com a contenção desta poluição, mas, por outro lado, provocam com sua ação poluidora graves danos ambientais, que são suportados por toda a sociedade. É um custo social da atividade produtiva que diminui o dispêndio com a produção dos bens, mas socializa os danos poluentes.

Externalidade positiva, por outro lado, ocorre quando uma conduta específica provoca um ganho para terceiros sem que estes tenham que arcar com os custos decorrentes deste ato.

Quando, por exemplo, um supermercado reforma as vias públicas que levam ao seu estabelecimento, este ato provoca um ganho para a coletividade em geral (que passam a desfrutar de maior conforto), mas seus custos são suportados exclusivamente pela sociedade empresária em questão, que o faz em atenção a seus interesses particulares, mas inevitavelmente provoca um ganho para toda a sociedade.

De maneira similar, quando um empresário em crise econômico-financeira pratica determinados atos destinados a privilegiar – intencionalmente ou não – terceiros ou a dilapidar seu patrimônio, tal conduta atinge diretamente os direitos de seus credores.

São estes credores que suportarão o custo destes atos desesperados ou fraudulentos do empresário pré-falimentar e não ele, que, agora já alcançado pela quebra, não mais dispõe de seu patrimônio. Trata-se então de uma

externalidade negativa causada pelo empresário em crise econômico financeira ao transferir para seus credores os custos de um ato por ele praticado.

Externalidades negativas são danosas ao funcionamento do mercado, pois transferem para a coletividade ou terceiros em geral – no caso, formada pela massa de credores do falido – os custos de uma conduta que não foi por eles praticada.

"The reason the market fails in the presence of external costs is that the generator of the externality does not have to pay for harming others, and so exercises too little self-restraint. He or she acts as if the cost of disposing of waste is zero, when, in fact, there are real costs involved, as the people downstream can testify."[217]

Deixar que a coletividade arque com os custos da poluição produzida por determinadas empresas ou permitir que os credores tenham que absorver as consequências patrimoniais negativas de determinados atos praticados pelo falido, antes da quebra, significa atribuir à coletividade em geral ou a um grupo em particular as perdas decorrentes dos atos de outrem. Isto faz com que operar no mercado fique mais caro e, portanto, menos atraente.

Cabe ao Poder Público, seja através de ações administrativas ou de disposições legais, minimizar

217 COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 4th edition. Boston: Pearson, Addison & Wesley. 2004. p. 45. Confira também: BEBCHUK, Lucian Arye. *Ex Ante Investments and Ex Post Externalities*. (December 2001). Available at SSRN: ***http://ssrn.com/abstract=297091***. *site* consultado em 01/05/2017.

a ocorrência de externalidades negativas, o que, por consequência, leva a maior eficiência do mercado.

Os atos elencados pelo art. 129 da Lei n. 11.101/05 são exemplos de externalidades negativas, pois são praticados pelo falido, antes da quebra, em conjunto com terceiros e são capazes de influir negativamente e de forma direta sobre a integralidade do patrimônio a ser rateado, e, por consequência, sobre o interesse dos credores e da própria eficiência do mercado.

De maneira a evitar os efeitos das externalidades negativas representadas pelos atos danosos do falido contra seu patrimônio, a legislação falimentar dispõe de um instrumento que permite ao juiz, com o auxílio dos demais envolvidos na falência, recompor a parte do patrimônio do falido que foi por ele indevidamente alienada como forma de tentar evitar a quebra ou fraudar seus credores.

Quanto mais eficiente o combate a externalidades negativas como estas, no curso do processo falimentar, mais segurança terão os credores para financiar o devedor, uma vez que demonstrada estará a eficiência dos instrumentos destinados a zelar pela integralidade do patrimônio garantidor do pagamento.

A consequência que o direito falimentar atribui a estas externalidades negativas causadas pelo devedor falido aos direitos de seus credores, no período que antecede a falência, está no reconhecimento da ineficácia destes atos em relação à massa falida. Não produzem efeitos em relação à massa de credores os atos que o falido pratica

antes da falência e que configuram dilapidação indevida de seu patrimônio ou fraude.

Ao abordar este tema, Pontes de Miranda o explica a partir da noção de ineficácia relativa ou parcial, tanto porque, a teor do art. 132 da Lei n. 11.101/05, pode ser invocada apenas pelo Ministério Público, administrador judicial ou credores do falido (relatividade subjetiva) quanto porque somente pode ser por eles invocada quando o ato questionado for efetivamente lesivo aos interesses da massa falida (relatividade objetiva)[218].

"A noção de ineficácia relativa permite que se tenha por acontecido tudo que aconteceu, porém não contra a massa. À massa fica o caminho com se não estivesse fechado. O bem está no patrimônio do terceiro, mas a massa pode ir até lá e tirá-lo, porque, para a massa, ele não está lá." [219]

A ineficácia permite que os atos lesivos do falido, no período imediatamente anterior à falência, sejam tornados sem efeito em relação à massa de credores sem que isto signifique, porém, a nulidade ou anulabilidade destes atos.

Vale ressaltar, por outro lado, que tal ineficácia somente se aplica a atos praticados pelo falido antes da decretação de sua falência, ou seja, enquanto ainda podia dispor de seus bens. Após a falência o devedor perde a disponibilidade sobre seu patrimônio, o que altera as consequências legais dos atos que venha a praticar.

---

218 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado – Vol. XXVIII*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1961. p. 324.

219 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado... Vol. XXVIII*... ob. cit. p. 327.

É o que salientou Trajano de Miranda Valverde quando disse que *"(...) o pronunciamento da ineficácia pressupõe ato jurídico praticado antes da declaração da falência do devedor ou da decretação do seqüestro, se essa medida houver sido liminarmente concedida.*

Os atos por ele executados após a decretação do seqüestro ou a abertura da falência entram na categoria dos atos nulos de pleno direito, se tiverem por referência, direta ou indireta, aos bens, interesses, direitos e obrigações compreendidos na falência."[220]

Constitui também externalidade negativa a ação do administrador judicial que, ainda quando de boa-fé, arrecada um bem de titularidade de pessoa que não o empresário ou a sociedade empresária falida.

Permitir que fosse incorporado aos ativos a serem vendidos no processo falimentar um ou mais bens de titularidade de terceiros seria, notoriamente, também um caso de externalidade negativa, posto que os custos do pagamento dos credores do falido seriam arcados por terceiros que, inadvertidamente, tiveram um ou mais bens arrecadados e vendidos no curso do processo falimentar alheio.

Neste sentido, é necessário que a legislação permita àqueles que venham a ter um ou mais bens arrecadados no processo falimentar alheio o direito de pleitear, judicialmente, a pronta restituição de tais bens. É esta a

220 VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências – Vol. I*. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1948. p. 329.

finalidade do instituto previsto pelos art. 85 e 86 da Lei n 11.101/05, o qual tem, apropriadamente, o nome de Pedido de Restituição.

Ação revocatória (art. 129 e 130 da Lei n. 11.101/05) e Pedido de Restituição (art. 85 e 86 da Lei n. 11.101/05) são, portanto, instrumentos de recomposição dos ativos arrecadados em um processo de falência.

Enquanto a Ação Revocatória procura trazer aos ativos do processo falimentar bens do falido ilegalmente transferidos a terceiros, o Pedido de Restituição se presta a retirar dos ativos arrecadados os bens que não sejam de propriedade do falido.

III – Pedido de restituição

No procedimento de arrecadação dos ativos, o administrador judicial pode, como salientado, acabar arrecadando algo que estava na posse do falido mas não era de sua propriedade, sendo o Pedido de Restituição o instrumento processual pelo qual o proprietário deste bem, indevidamente arrecadado, pede ao juízo falimentar a sua devolução (art. 85 e 86 da Lei n. 11.101/05).

O art. 85 da Lei n. 11.101/05 contempla não só a situação acima descrita mas também o Pedido de Restituição de coisa vendida a crédito e entregue ao falido no prazo de 15 (quinze) dias ou menos em relação à data

da decretação da falência, desde que este bem ainda não tenha sido alienado.

Trata-se de uma hipótese na qual a legislação estende o benefício da legitimidade para Pedido de Restituição àquela pessoa que, embora já tendo transferido ao falido a propriedade do bem vendido, não recebeu o devido pagamento, além de estar o objeto do contrato ainda na posse do falido.

É uma extensão da ideia original de Pedido de Restituição, mas que, pela peculiaridade da situação, além de sua proximidade com a data da decretação da falência, mereceu acolhida.

Já o art. 86 da Lei n. 11.101/05 trata não da restituição *in natura* do bem indevidamente arrecadado, mas de sua substituição por valor em dinheiro. Seu fundamento está, em princípio, na possibilidade de perecimento, consumo ou revenda do bem objeto do Pedido de Restituição.

Além disso, o citado art. 86 contempla duas outras hipóteses de legitimidade ativa para o Pedido de Restituição em dinheiro: o primeiro deles se refere a valores que tenham sido adiantados ao falido em virtude de contrato de câmbio para exportação, operação regulada pela Lei n. 4.728/65.

O segundo diz respeito à negócios jurídicos que tenham sido objeto de Ação Revocatória. Segundo o art. 136 da Lei n. 11.101/05, a pessoa que tenha contratado, de boa-fé, com o falido e o objeto do contrato tenha sido arrecadado em virtude de ação revocatória poderá pedir a restituição em dinheiro dos valores que eventualmente já tenha pago.

Os valores destes pedidos de restituição convertidos em dinheiro serão pagos com absoluta preferência em relação aos credores concursais (art. 83 da Lei n. 11.101/05) e mesmo sobre os credores extraconcursais (art. 84 da Lei n. 11.101/05). De fato, os únicos valores que contemplam prioridade sobre os valores atinentes ao Pedido de Restituição são as verbas estritamente salariais contempladas pelo art. 151 da Lei n. 11.101/05.

Como é regra na realização de pagamentos em processo falimentar, o rateio será a solução caso não haja, no patrimônio do falido, bens suficientes para suprir os valores referentes à totalidade dos Pedido de Restituição convertidos em dinheiro.

A petição inicial do Pedido de Restituição é dirigida ao juízo falimentar, com os documentos que possam provar a titularidade sobre o bem reivindicado, bem como com a indicação de outras provas a serem produzidas (art. 87 da Lei n 11.101/05).

Autuado em separado, sobre este pedido será dada vista, em prazo sucessivo, por 5 (cinco) dias, ao falido, ao Comitê de Credores, aos credores individualmente considerados e, por fim, ao Administrador Judicial, para que possam, se entenderem cabível, contestar o Pedido de Restituição apresentado, trazendo provas e pleiteando a produção de outras.

Após tais vistas caberá ao juízo fixar as provas a serem produzidas ou, se desnecessária essa instrução, proferir sentença sobre o Pedido de Restituição. Caso procedente,

mandará restituir o bem no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas.

Caso não seja procedente o Pedido de Restituição, mas, apesar disso, o autor seja credor do falido, determinará a sentença a inclusão do postulante do Quadro Geral de Credores, em sua respectiva classe (art. 89 da Lei n. 11.101/05).

Da sentença que julgar o pedido de restituição caberá apelação sem efeito suspensivo (art. 90 da Lei n. 11.101/05).

IV – Atos ineficazes em relação à massa falida independentemente de intuito fraudulento

Há determinados atos do empresário ou sociedade empresária falida que, sempre que praticados, no período imediatamente anterior à quebra, causarão prejuízo a todos ou alguns dos credores.

Não é preciso que haja qualquer prova de intuito fraudulento ou demonstração efetiva de dano para que seja necessário tornar ineficazes tais atos, o que se faz mesmo quando aquele que contratou com o falido desconhecia sua situação de pré-falimentar.

A simples realização de tais atos compromete o princípio da *par condicio creditorum* ou a integralidade do patrimônio do devedor. Estes atos estão elencados pelo art. 129 da Lei n. 11.101/05 e, por se fundarem em uma presunção absoluta de prejuízo aos credores ou ao

patrimônio do devedor, são tomados por hipóteses taxativas e de interpretação restritiva.

O alcance da presunção absoluta de dano ao interesse dos credores ou ao patrimônio do falido que cerca os atos do art. 129 da Lei n. 11.101/05 deve, entretanto, ser limitada no tempo.

É necessário fixar um lapso temporal correspondente, por presunção legal, àquele período em que o devedor, já ciente de suas dificuldades econômico-financeiras, é tomado pelo desespero na tentativa de salvaguardar sua empresa ou pela intenção de privilegiar a si próprio ou a terceiros, em detrimento de seus credores.

Este período corresponde ao chamado Termo Legal ou Período Suspeito da falência: *"Trata-se de uma presunção do legislador no sentido de que, nessa fase, já tem o devedor nítida consciência de seu estado de insolvência."*[221]

O Termo Legal é fixado pelo juiz na sentença que decreta a falência, mas não poderá retroagir por mais de 90 (noventa) dias contados da data do pedido da falência, recuperação judicial convolada em quebra ou do 1º (primeiro) protesto por falta de pagamento, excluídos, neste último caso, aqueles que tenham sido cancelados (art. 99, II da Lei n. 11.101/05).

A principal função do Termo Legal é fixar o lapso temporal dentro do qual o juiz da falência deverá tornar ineficazes em relação à massa todos os atos do falido

221 ABRÃO, Nelson. *Curso de Direito Falimentar*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993. p. 124.

compreendidos pelo art. 129 da Lei n. 11.101/05. Estes atos são ineficazes independentemente da prova de fraude ou dano, mas desde que praticados dentro do lapso temporal compreendido pelo Termo Legal ou Período Suspeito.

Neste particular é interessante notar que as hipóteses de atos ineficazes em relação à massa falida independentemente de intuito fraudulento enumeradas pelo art. 129 da Lei n. 11.101/05 são as mesmas outrora elencadas pelo art. 52 do agora revogado Dec. Lei n. 7.661/45.

Analisando o rol de atos do citado art. 129, constata-se que sua ineficácia decorre dos benefícios indevidos que acarretam para determinados credores, em detrimento de outros; no prejuízo que causam à totalidade de credores, pela renúncia do devedor a bens ou direitos ou por representarem a alienação do patrimônio do devedor sem o consentimento dos credores. Veja quais são estes atos:

1 – Pagamento de dívidas não vencidas por qualquer meio extintivo do crédito ou mesmo pelo desconto do próprio título.

Viola frontalmente o princípio da igualdade de tratamento entre seus credores por dívidas de igual natureza o devedor que, em dificuldades econômico-financeiras (portanto em estado pré-falimentar), quita dívidas ainda não vencidas.

A legislação acertadamente pressupõe, nesta hipótese, que a intenção do devedor foi favorecer determinados credores em detrimento de outros,

subvertendo frontalmente a própria estrutura do concurso falimentar.

2 – Pagamento de dívidas vencidas e exigíveis através de qualquer meio não previsto expressamente no documento que constituiu o débito.

O fundamento desta hipótese é o mesmo da anterior. Derroga ilegalmente o princípio da *par condicio creditorum* tanto o devedor que quita dívidas ainda não vencidas quanto aquele que honra dívidas vencidas por formas não previstas no contrato. Em ambos os casos há, pressupõe-se, o favorecimento de alguns credores em detrimento dos demais.

3 – Constituição de direito real de garantia em favor de débitos anteriormente contraídos.

Enquanto não alcançado pela falência o empresário tem, em regra, livre disponibilidade sobre seu patrimônio. É, portanto, válido que ele contraia dívidas e as garanta pela constituição de alguma modalidade de direito real em favor do credor.

O que não é permitido pelo dispositivo legal ora analisado é que o devedor reforce a situação original de um ou alguns de seus credores, constituindo, posteriormente à assunção da dívida, direito real de garantia em favor deles.

Rubens Requião bem expõe os fundamentos desta previsão: *"As antigas dívidas quirografárias não poderão ter o seu pagamento assegurado, à última hora, pela constituição de direito real de garantia. Esse pacto tardio quebraria o equilíbrio entre o direito dos credores, violando o princípio da*

par condicio creditorum*, que a lei pretende seja fielmente mantido.*

Compreenda-se, todavia, que a vedação legal não impede a constituição de direito real de garantia às vésperas da falência, legitimamente constituído para assegurar o cumprimento da obrigação ao mesmo tempo assumida pelo credor."[222]

Ressalte-se ainda que o acréscimo de novos bens à garantia real originalmente constituída em favor de algum dos credores também será ineficaz em relação à massa falida, desde que a possibilidade de tal reforço de garantia não estivesse contratualmente prevista desde o momento em que se constituíram a dívida e a garantia real originais.

Assim, se posteriormente constatada a insuficiência do bem originalmente dado em garantia, em relação ao montante total da dívida, há que se validar o reforço promovido pelo devedor, ainda que este se tenha efetuado no curso do Termo Legal, se havia previsão contratual neste sentido, quando da constituição do débito.

4 - Também terão declarada sua ineficácia em relação à massa falida, independentemente de intuito fraudulento, os atos pelos quais o falido tenha, até dois anos antes da decretação da falência, alienado gratuitamente seus bens, renunciado a herança, legado ou quaisquer outros bens e direitos (art. 129 da Lei n. 11.101/05).

A distribuição dos bens do devedor insolvente deve ser efetivada preferencialmente entre seus credores.

222 REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar - Vol. II*. ob. cit. p. 196.

É, portanto, inadmissível que o devedor pré-falimentar comprometa seu patrimônio gratuitamente ou abdique de bens ou direitos.

O rigor da lei com tal possibilidade é tamanho que a ineficácia em relação à massa não se limita ao Termo Legal, mas, ao contrário, alcança quaisquer destas transferências gratuitas ou renúncias praticadas nos 02 (dois) anos anteriores à efetiva decretação da falência.

5 - São também ineficazes em relação à massa falida, independentemente de intuito fraudulento, alguns atos de transferência patrimonial onerosa empreendidos, pelo falido, antes da quebra.

Considera a legislação que, nestes casos, estas transferências envolvem, em regra, bens de tamanha relevância econômica que permitem presumir que tais alienações se fizeram com o intuito de fraudar o direito dos credores ou se realizaram sem as devidas cautelas destinadas a garantir um preço razoável pelos bens. São as hipóteses dos itens VI e VII do art. 129 da Lei n. 11.101/05.

A primeira delas se refere ao trespasse, que é o ato pelo qual o empresário aliena seu estabelecimento, constituído por todos os bens móveis, imóveis e incorpóreos por ele organizados para o exercício da empresa (art. 1.142 do Código Civil).

Segundo o art. 129, VI da Lei n. 11.101/05, o trespasse será ineficaz em relação à massa se efetuado antes da quebra e sem o consentimento ou pagamento dos credores do empresário alienante existentes até aquele momento.

Este efeito não se aplica caso o trespasse seja parte do plano de recuperação da empresa (art. 131 da Lei n. 11.101/05).

Vale notar, entretanto, que o dispositivo legal ora comentado em nada acresce ao texto do art. 1.145 do Código Civil de 2002, que vincula a plena eficácia de qualquer trespasse ao pagamento ou consentimento dos credores do empresário alienante sempre que não lhe restar, após a realização da transferência, bens suficientes para pagar todas as suas dívidas.

Portanto, o trespasse é sempre ineficaz em relação aos credores de qualquer empresário alienante quando ele se torna insolvente após a transferência e caso não tenha obtido o consentimento de seus credores ou realizado o pagamento de suas dívidas[223].

O citado art. 1.145 do Código Civil chega mesmo a prever, assim como o faz o art. 129 VI da Lei n. 11.101/05, como se poderá obter tacitamente o consentimento dos credores, ali exigido como requisito à plena eficácia do trespasse.

Exige-se que os credores do empresário alienante, existentes à época do trespasse, sejam judicial ou extrajudicialmente notificados para, no prazo de 30 (trinta) dias, manifestarem expressamente sua oposição à realização da transferência do estabelecimento do devedor.

223 Sobre a disciplina legal do trespasse: PIMENTA, Eduardo Goulart. Estabelecimento. In: RODRIGUES, Frederico Viana (org.). *Direito de Empresa no Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2004. Pg. 95/118. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Empresa*. Rio de Janeiro: Forense. 2007. Pg. 1.037 e segs.

Por fim, serão ineficazes em relação à massa falida os registros cartorários de direitos reais ou de transferência de bens imóveis de propriedade do falido por atos entre vivos, onerosos ou gratuitos.

Os bens imóveis estão, em geral, entre os de maior valor econômico e, ao mesmo tempo, de menor grau de depreciação no patrimônio do empresário. São fundamentais para a efetiva realização dos objetivos do concurso de credores e, deste modo, não podem ser afastados do patrimônio do devedor no período que antecede sua quebra.

Embora a legislação não aborde expressamente esta questão, parece óbvio que a ineficácia só alcançará tais registros se forem efetuados dentro do Termo Legal ou Período Suspeito da falência. Caso contrário, se estaria diante da possibilidade de ineficácia de todas as transferências de bens imóveis empreendidas pelo falido ao longo de sua atividade empresarial, o que é completamente ilógico.

Na vigência do Dec. Lei n. 7.661/45, a jurisprudência vinculava a ineficácia do registro de transferência de bem imóvel, pelo falido, durante o Período Suspeito, à efetiva comprovação do intuito fraudulento e demais requisitos para a propositura da ação revocatória[224]. Isto se verificava porque o texto do art. 52 do Dec. Lei n. 7.661/45 mencionava

224 Neste sentido: "FALÊNCIA – Alienação de imóvel efetuada no denominado período suspeito, mas antes de decretada a quebra – Pretendida ineficácia do negócio – Inadmissibilidade se não comprovada fraude do devedor. Não é ineficaz a alienação de imóvel só e só por ter sido efetuada no termo legal da falência, ou seja, no denominado período suspeito, mas antes de decretada a quebra. Exige-se a comprovação de fraude do devedor, não ocorrente na espécie." (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RT 788/202).

somente os registros cartorários referentes a transferências de bens imóveis efetuadas após a decretação da quebra.

No atual regime falimentar, a ineficácia em relação à massa falida alcança tais registros mesmo quando a constituição da garantia real ou transferência do imóvel tenha se efetuado antes da falência, mas dentro do Termo Legal.

Uma vez constatado que o falido praticou, dentro dos limites temporais estabelecidos, algum dos atos do art. 129 da Lei n. 11.101/05, a ineficácia deles em relação à massa falida poderá ser declarada de ofício pelo juiz, alegada em defesa, pleiteada mediante ação própria ou incidentalmente no curso do processo falimentar.

Chama-se de ação revocatória o pleito pelo qual se pretende a ineficácia de algum dos atos acima indicados. *"A medida judicial pela qual se pleiteia a declaração da ineficácia dos atos que tenham prejudicado a massa falida é a ação revocatória, com a qual se pretende, tradicionalmente, chamar novamente para a massa, o bem que fora retirado do patrimônio do falido".*[225]

Trata-se de um instituto genérico, posto referir-se tanto aos pleitos de ineficácia baseados na prática de atos do art. 129 da Lei n. 11.101/05 quanto àquelas ações judiciais destinadas a questionar com base no art. 130 da legislação

225 MARTIN, Antônio. IN: SOUZA Jr. Francisco Satiro de. PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 462.

falimentar os atos praticados pelo falido anteriormente à quebra.

Muito já se discutiu sobre as similitudes e diferenças entre a ação revocatória do direito falimentar e a ação pauliana civil. Não se deve confundi-las, pois, diferentemente do que se verifica no caso da ação pauliana, a ação revocatória não leva à nulidade do ato ao qual se refere, mas simplesmente à sua ineficácia em relação à massa falida. Trata-se, em função desta característica, de um instituto eminentemente de direito falimentar[226].

Também por meio da ação revocatória são atacados, como ser demonstra a seguir, os atos pelos quais o falido compromete fraudulentamente, antes da quebra, o direito de seus credores ou a integralidade de seu patrimônio.

V – A ineficácia dos atos fraudulentos praticados pelo falido antes da decretação da quebra

É forçoso reconhecer que a ineficácia dos atos praticados pelo falido anteriormente à sua falência não pode ser a regra. Ao contrário, a legislação falimentar tem por princípio reconhecer a validade dos atos que o empresário pratica antes de decretada sua falência.

226 SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. A Ação Revocatória na Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falência. In: SANTOS, Paulo Penalva (coord.). *A Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas – Lei n. 11.101/05*. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 334/335.

Esta orientação geral é importante pois garante, àqueles que se relacionem juridicamente com empresários e sociedades empresárias, que tais atos jurídicos não serão comprometidos em razão da falência superveniente. Por outro lado, reconhece também que o empresário falido tinha, até sua falência, livre disponibilidade de seu patrimônio.

Em função disso, hipóteses como as enumeradas pelo art. 129 da Lei n. 11.101/05 são poucas, excepcionais, taxativas e justificadas apenas pela presunção de infundada afronta à integralidade do patrimônio do falido ou ao princípio do tratamento igualitário entre os credores de igual natureza.

O Direito, porém, não acolhe atos praticados com a intenção de comprometer o direito de terceiros. Trata-se de um princípio geral, que, obviamente, haveria de ser reconhecido pela legislação falimentar.

A legislação civil toma por anuláveis os atos jurídicos que impliquem em fraude contra credores. Tal vício dos atos jurídicos se consubstancia, segundo o art. 158 do Código Civil, quando o devedor realiza transmissão gratuita de bens ou remissão de dívidas em situação de insolvência ou quando em virtude de tais atos acabe por se tornar insolvente.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira: *"Na fraude, o que estará presente é o propósito de levar aos credores um prejuízo, em benefício próprio ou alheio, furtando-lhes a garantia geral que devem encontrar no patrimônio do devedor. Seus requisitos são a má-fé, ou malícia do devedor, e a intenção de impor um prejuízo a terceiro. Mais modernamente, e digamos, com*

*mais acuidade científica, não se exige que o devedor traga a intenção deliberada de causas prejuízo (*animus nocendi*); basta que tenha a consciência de produzir o dano."*[227]

Mais adiante, o mesmo Caio Mário da Silva Pereira lembra que a simples diminuição de seu patrimônio, levada a cabo pelo devedor, não é suficiente para caracterizar a fraude contra credores. Há fraude apenas quando esta diminuição patrimonial decorre da deliberada intenção de reduzir a garantia dos credores ou, ao menos, quando há a consciência desta diminuição.

Caio Mário da Silva Pereira conclui salientando acertadamente que na atividade empresarial a repressão a atos fraudulentos contra credores é ainda mais rigorosa em função da boa-fé que deve permear a atividade empresarial[228].

O art. 130 da Lei n. 11.101/05 não fugiu destas diretrizes estabelecidas pela legislação civil ao dispor que, na falência, são revogáveis os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, provando-se o conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro que com ele contrata e o efetivo prejuízo sofrido pela massa falida.

Conciliar a necessidade de conferir segurança jurídica àqueles que transacionam com empresários e a obrigação de evitar que prevaleçam os atos fraudulentos do falido contra seus credores é também o fundamento da

227 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Vol. I*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 1993. p. 371.

228 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições... Vol. I*. ob. cit. p. 375.

chamada *fraudulent conveynance doctrine*, assim explicada por Douglas Baird:

"It is a flexible principle that looks to substance, rather than form, and protects creditors from any transactions the debtor engages in that have the effect of impairing their rights, while ensuring that the debtor can continue to do business and assuring third parties that transactions done with the debtor at arm´s length will not be second-guessed."[229]

A *fraudulent conveynance doctrine* busca especialmente revogar os atos pelos quais o devedor falido alienou seus bens antes da quebra por quantias que não representavam um razoável valor de mercado. Busca-se aumentar a capacidade de pagamento do devedor e garantir a ineficácia de contratos que, por outro meio, não poderiam ser questionados.[230]

O fundamento da revogação está não na constatação da intenção fraudulenta das partes, mas na verificação de que a transferência de bens empreendida pelo devedor-falido se deu por valores significativamente abaixo dos praticados pelo mercado.

Se acolhida tal orientação também no contexto da Lei n. 11.101/05, pode-se afastar a modalidade de ação revocatória aqui tratada do subjetivismo inerente à aferição

229 BAIRD, Douglas. *Elements of Bankruptcy*. 4th ed. New York: New York Foundation Press. 2006 P. 153/154.

230 HEATON. J.B. *An Economic Analysis of Fraudulent Conveynance Law*. 1997. disponível em: http// www.ssrn.com. *site* consultado em 19/06/07. CARLSON, David Gray. *The Logical Structure of Fraudulent Conveynance and Equitable Subordination*. Cardozo Law School. Jacob Burns Institute of Advanced Legal Studies. Working Paper Series n. 50. August. 2002.

da má-fé do falido[231] e apoiá-la na constatação objetiva de que a transmissão patrimonial foi praticada a preço excessivamente baixo.

A ação revocatória ora tratada deverá ser proposta pelo administrador judicial, por qualquer credor do falido ou pelo Ministério Público no prazo de 03 (três) anos contado da decretação da falência (art. 132 da Lei n. 11.101/05).

Vale lembrar que tal prazo, de natureza decadencial[232], somente é expressamente referido com relação às ações revocatórias que tenham por fundamento o art. 130 da Lei n. 11.101/05. Omite a legislação qualquer menção a prazo para propositura da ação revocatória fundada no art. 129 da Lei n. 11.101/05. Não há, porém, porque dedicar-lhe prazo decadencial distinto.[233]

Segundo o art. 133 da Lei n. 11.101/05 serão réus na ação revocatória todos os que figuraram no ato questionado ou que por efeito dele tenham sido pagos, garantidos ou beneficiados, assim como os terceiros adquirentes provando-se, nesta hipótese, que tinham conhecimento da intenção fraudatória do falido.

---

231 M. I. Carvalho de Mendonça conclui, após discorrer sobre a dificuldade ligada à comprovação da má-fé em um determinado ato jurídico, que em última análise é preciso atribuir à livre e íntima convicção do juiz a resolução da questão. CARVALHO DE MENDONÇA. M. I. *Tratado de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1956. p. 564 a 567.

232 TEPEDINO, Ricardo. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. ABRÃO, Carlos Henrique. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 364

233 Neste sentido: SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. A Ação Revocatória na Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falência. In: SANTOS, Paulo Penalva (coord.). *A Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas – Lei n. 11.101/05*. Ob. cit. p. 344/345.

O mesmo dispositivo legal estende a legitimidade passiva aqui tratada também aos herdeiros ou legatários de qualquer um daqueles mencionados anteriormente.

Capítulo XV – Realização dos ativos, pagamento dos credores e encerramento do processo falimentar

1 – A realização dos ativos do falido (art. 139 a 148 da Lei n. 11.101/05)

Tem-se por realização dos ativos o momento do processo falimentar no qual a totalidade dos bens do falido arrecadados pelo administrador judicial serão vendidos em juízo para, com o produto destas vendas, se efetuar o pagamento aos credores, na forma da legislação.

O art. 140 da Lei n. 11.101/05 fixa a preferência pela venda dos bens em bloco, o que significa a venda, a um único comprador, da totalidade dos bens arrecadados. O objetivo é maximizar o valor que tem a organização dos bens para uma determinada finalidade, o chamado aviamento[234] ou *going concern value*[235].

Não sendo possível, a legislação permite que se passe, em sequência, à venda de unidades produtivas, venda de bens em conjunto ou, por fim, de maneira isolada.

234 *"Se se colocar como peso na balança o objetivo principal da falência – venda dos bens para pagamento a credores – e se, para se atingir ou maximizar esse propósito, interessará validar e optimizar o activo, sem dúvida que o valor venal de uma empresa a funcionar, vista como uma unidade econômica, será drasticamente diversa do valor separado dos elementos que a compõem".* DUARTE. Henrique Vaz. *Questões sobre Recuperação e Falência*. 2ª edição. Ed. Almedina. Coimbra. 2004. Pg. 92

235 A venda dos bens em bloco aproxima, em tese, o valor apurado daquele que seria obtido caso os bens estivessem a serviço de uma empresa em funcionamento. NEWTON. Grant W. *Corporate Bankruptcy – tools, strategies, and alternatives.* John Wiley & Sons. New Jersey. 2003. Pg. 173

Há nítida vantagem em se conseguir a realização dos ativos por meio de venda em bloco ou em unidades, de modo a não só maximizar o aviamento como também evitar que determinados bens restem não vendidos, o que prejudica o objetivo desta fase.

Um dispositivo de grande importância no contexto falimentar é o art. 141 da Lei n. 11.101/05. Estipula ele que a pessoa que vier a adquirir um ou mais bens nesta fase de realização judicial dos ativos não terá qualquer responsabilidade pelas dívidas do falido.

Inexiste sucessão entre alienante e adquirente em casos de aquisição de bens em processo falimentar, o que permite ao comprador tornar-se proprietário dos bens sem qualquer relação ou ônus referente às obrigações patrimoniais do falido.

Obviamente que tal regra comporta exceção quando o adquirente tiver, de fato ou de direito, alguma relação com o falido, como no caso de parentes, sócios da sociedade falida ou de agentes.

Prevê a Lei n. 11.101/05 três opções, a serem escolhidas pelo juízo, ouvidos o administrador judicial e o Comitê de Credores, para a alienação dos bens arrecadados. São elas o leilão, as propostas fechadas e o pregão, todos expressamente referidos nos parágrafos 3º a 6º do art. 142 da Lei n. 11.101/05:

O leilão seguirá o rito regulado pelo Código de Processo Civil (art. 879 e seguintes), podendo se efetuar por meio presencial ou eletrônico, nos termos regulamentados

pelo Conselho Nacional de Justiça, em especial por sua Res. 236/16.

A alienação por propostas fechadas ocorrerá mediante a entrega, em cartório e sob recibo, de envelopes lacrados, a serem abertos pelo juiz, no dia, hora e local designados em edital, lavrando o escrivão o auto respectivo, assinado pelos presentes, e juntando as propostas aos autos da falência.

A venda por pregão constitui modalidade híbrida das anteriores, comportando, em primeira fase, o recebimento de propostas e, em segunda, o leilão por lances orais, do qual participarão somente aqueles que apresentarem propostas não inferiores a 90% (noventa por cento) da maior proposta ofertada.

É possível a adoção de uma ou mais destas formas no mesmo processo falimentar, caso alguma delas se revele mais adequada à maximização de determinados ativos, enquanto outra seja mais eficiente para a venda dos demais bens arrecadados.

A adoção de forma de venda judicial dos bens arrecadados fora das hipóteses contempladas pelo art. 142 da Lei n. 11.101/05 é possível, mas, neste caso, o art. 145 exige que esta adoção seja precedida de aprovação pela Assembleia Geral de Credores.

Segundo o texto do art. 143 da Lei n. 11.101/05, em qualquer das modalidades de alienação referidas no art. 142 poderão ser apresentadas, por quaisquer credores, pelo devedor ou pelo Ministério Público, no prazo de 48 (quarenta

e oito) horas da arrematação, impugnações à venda, hipótese em que os autos serão conclusos ao juiz, que, no prazo de 5 (cinco) dias, decidirá sobre tais impugnações e, julgando-as improcedentes, ordenará a entrega dos bens ao arrematante, respeitadas as condições estabelecidas no edital.

Segundo o art. 113 da Lei n. 11.101/05, os bens perecíveis, deterioráveis, sujeitos à considerável desvalorização ou que sejam de conservação arriscada ou dispendiosa, poderão ser vendidos antecipadamente, após a arrecadação e a avaliação, mediante autorização judicial, ouvidos o Comitê e o falido no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

2 – O pagamento dos credores (art. 149 a 153 da Lei n. 11.101/05)

À medida que sejam vendidos os ativos arrecadados pelo administrador judicial, já é possível iniciar o pagamento dos credores, conforme o valor e classe de cada um dos créditos, na forma como fixado no Quadro Geral de Credores judicialmente homologado.

Estes pagamentos seguem uma estrita e inderrogável ordem, legalmente estabelecida. Como se sabe, a Lei n. 11.101/05 divide os credores em diferentes classes, conforme a natureza do crédito de cada um, além de fixar

uma ordem inderrogável de preferência, entre classes, na hora do recebimento de valores no processo falimentar.

Entre classes, há preferência de recebimento. Isso significa que a classe legalmente acima tem o direito de receber a totalidade dos valores a ela devidos antes que a classe seguinte venha a receber algum valor. Portanto, é possível que uma classe de credores seja integralmente paga enquanto a posterior ou as posteriores ficarão sem receber nada, em caso de esgotamento dos bens arrecadados.

Porém, entre os integrantes de uma classe, há igualdade de tratamento. Assim, se os valores disponíveis em virtude da venda judicial dos ativos arrecadados não for suficiente para realização da totalidade dos pagamentos de uma determinada classe de credores, impõe-se o rateio, que significa a repartição dos valores disponíveis, entre os credores daquela classe, de modo que cada um deles seja contemplado com o mesmo percentual de seu direito.

Se, por exemplo, a classe dos credores quirografários tem para receber o total de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) do falido, mas só restam R$ 100.000, 00 (cem mil reais) dos ativos arrecadados, cada um dos credores desta classe receberá dez por cento do seu crédito. Assim, embora eles não sejam inteiramente pagos, fica assegurado o princípio do tratamento igualitário entre credores da mesma classe.

A estrita ordem de pagamento na falência tem, em primeiro lugar, os valores previstos pelos art. 150 e 151 da Lei n. 11.101/05, os quais se referem às despesas indispensáveis à administração da falência e valores de natureza

estritamente salarial não pagos e referentes aos últimos três meses, limitado ao valor de cinco salários mínimos, por mês atrasado, a cada pessoa.

Ambas as hipóteses contemplam pagamentos que podem ser realizados mesmo antes da realização dos ativos, desde que o administrador judicial encontre, disponíveis em caixa, quantia suficiente para efetuá-los.

Após o integral pagamento de tais valores, deve-se usar o produto da venda dos ativos arrecadados para pagamento dos Pedidos de Restituição convertidos, nas hipóteses do art. 86 da Lei n. 11.101/05, em dinheiro.

Em seguida, são pagos os chamados credores extraconcursais (ou supra concursais) enumerados pelo art. 84 da Lei n. 11.101/05. Trata-se de valores devidos a pessoas essenciais para a própria implementação do processo de falência. Seu direito de crédito não decorre das dívidas assumidas, pelo falido, em virtude de sua atividade empresarial, mas da necessidade de se efetuar as providências inerentes ao próprio processo de falência.

A legislação os coloca acima dos credores concursais pela constatação de que, se não houver tal preferência no recebimento, dificilmente serão encontradas pessoas dispostas e prestar tais serviços, o que inviabilizaria a realização dos atos processuais falimentares.

Entre os credores extraconcursais do art. 84 está, por exemplo, o administrador judicial, que tem direito a receber, neste momento, 60% (sessenta por cento) de sua remuneração, ficando os outros 40 % (quarenta por cento)

condicionados à aprovação judicial de sua prestação final de contas (art. 24 par. 2º da Lei n. 11.101/05)[236].

É somente após pagos todos os credores acima enumerados que chega o momento de serem quitadas as obrigações assumidas pelo falido durante o exercício de sua atividade profissional, os chamados credores concursais (art. 83 da Lei n. 11.101/05).

Os primeiros credores concursais a serem pagos são aqueles cujo crédito decorra da legislação do trabalho ou advenham de acidentes de trabalho. Esta posição lhes é conferida dado o caráter alimentar destas verbas, o que justifica especial preocupação.

Vale ressaltar, entretanto, que cada credor desta classe tem o direito de receber, neste momento, o valor máximo correspondente a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos vigentes no momento do pagamento.

Assim, se algum credor desta classe (chamados credores trabalhistas) tem mais do que esta quantia a perceber cabe-lhe, nesta posição, receber o limite estabelecido, ficando a quantia excedente classificada como crédito quirografário.

Em segundo lugar, vem o pagamento dos credores cujo crédito esteja garantido por algum direito real, como a

236 Embora o administrador judicial não possa, ainda, receber a integralidade de seus honorários profissionais, estes valores não podem ser usados para pagar os demais credores, devendo ficar reservados até que se dê a apreciação judicial de sua prestação final de contas.

alienação fiduciária, o penhor e a hipoteca. Também aqui há um limite de pagamento.

Neste momento, cada credor desta classe tem direito a receber o valor correspondente ao bem ou aos bens dados em garantia de seu crédito. Imagine-se, a título de exemplo, a seguinte situação: um credor tem R$ 1.000,000,00 (um milhão de reais) para receber do falido e, em garantia deste crédito, havia um bem imóvel dado em hipoteca, o qual foi vendido, no processo falimentar, pelo valor de R$ 800.000,00 (oitocentos mil reais).

Neste exemplo, o credor citado tem direito a receber R$ 800.000,00 (oitocentos mil reais) nesta classe, ficando a diferença entre o valor de seu crédito e o do bem dado em garantia (duzentos mil reais) como crédito de natureza quirografária.

Após o pagamento dos credores garantidos por direito real, o art. 83 da Lei n. 11.101/05 assegura os direitos de crédito da Fazenda Pública, ou seja, créditos de natureza tributária.

O Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/66) estabelece, em seu art. 187, uma ordem de preferência entre os entes federativos, de forma que, em um processo concursal, os créditos tributários de titularidade da União têm preferência sobre os créditos estaduais e estes, por sua vez, prevalecem sobre os créditos municipais.

As multas decorrentes de infrações às leis tributárias não são exigíveis como créditos desta classe, ficando colocadas, como se verá, como créditos subquirografários.

Em seguida, o art. 83 da Lei n. 11.101/05 consagra o direito dos credores privilegiados, assim caracterizados por disposição legal expressa. O Código Civil elenca tais credores em seus art. 964 e 965 e os divide em privilegiados especiais e privilegiados gerais. Para fins falimentares, há preferência dos credores com privilégio especial sobre os credores com privilégio geral.

Há algumas modalidades de credores privilegiados especiais por força de disposição do próprio art. 83 da Lei n. 11.101/05, dos quais merece especial destaque os valores devidos a microempreendedores individuais e a microempresas e empresas de pequeno porte.

Vale destacar, sobre o tema, que a ora comentada previsão do art. 83 (incluída pela Lei Complementar n. 147/14) adota critério excepcional, na medida que cria uma classe de credores baseada não na natureza de seus créditos, mas na estrutura jurídica e econômica dos titulares.

Ainda entre os credores privilegiados, para fins de recebimento em processo falimentar, estão aqueles que atendam aos requisitos do art. 67 da Lei n. 11.101/05. São, em essência, aquelas pessoas físicas ou jurídicas que continuaram fornecendo a crédito ao empresário em estado de recuperação judicial, mas que tenha ido à falência por não conseguir cumprir o plano apresentado.

Conhecidos como *credores colaborativos*, são de fundamental importância em um processo de recuperação de empresas, já que permitem ao empresário em crise econômica acesso a crédito, elemento fundamental para

o sucesso de qualquer atividade empresarial e, mais ainda, quando em estado de recuperação judicial.

O art. 67 da Lei n. 11.101/05 contempla dois tipos de *créditos colaborativos*. O primeiro deles são os valores fornecidos por credores de qualquer natureza durante o período da recuperação judicial mal sucedida. A eles a Lei n. 11.101/05 concede a situação de crédito extraconcursal, igualando tais valores àqueles constantes do art. 84.

Também são abarcados pelo art. 67 os valores que, referentes a créditos quirografários anteriores à data da recuperação judicial do devedor, são de titularidade de credores que continuaram a prover de crédito o empresário, mesmo após sua situação de recuperação judicial.

São, portanto, valores constituídos, na forma de créditos quirografários, antes da recuperação judicial do devedor e de titularidade de credores que continuaram fornecendo crédito ao empresário, mesmo após o início de sua recuperação judicial.

Estes valores são tratados como créditos com privilégio geral no processo falimentar, até o limite dos valores fornecidos por este credor durante a recuperação judicial do devedor.

Assim, uma mesma pessoa pode ter valores a receber, em processo falimentar, como crédito extraconcursal (quantias fornecidas ao empresário durante sua mal sucedida recuperação judicial) e como privilégio geral (valores de créditos quirografários de sua titularidade constituídos antes da recuperação judicial do devedor).

Somente após a quitação de todas estas obrigações a Lei n. 11.101/05 contempla a classe dos credores de natureza quirografária. Trata-se, pode-se dizer, de uma classe residual, de forma que a integram todos os credores que não tenham sido, por previsão legal expressa, incluídos em outra classe.

O crédito quirografário é, em essência, aquele corporificado em um documento, cartular ou escritural, em relação ao qual existe certeza e exigibilidade do direito do credor. São os credores que dispõem de títulos executivos judiciais ou extrajudiciais contra o falido sem que haja, nestes títulos, a previsão de qualquer garantia real ou preferência legal de recebimento.

Somente após o pagamento da integralidade dos créditos de natureza quirografária a Lei n. 11.101/05 autoriza sejam quitadas as multas contratuais ou penas pecuniárias por infração, pelo falido, de leis de natureza penal, tributária ou administrativa. Também aqui é necessário respeitar a já aludida preferência estabelecida, entre os entes da Federação, pelo Código Tributário Nacional.

A seguir serão pagos, se ainda houver valores disponíveis, os chamados créditos subordinados ou sub quirografários, que assim o são em virtude de previsão legal ou contratual expressa. É o caso, por exemplo, de debêntures que tenham essa condição de subordinadas a elas atribuída pela escritura de emissão (art. 58 da Lei n. 6.404/76).

Também são tratados como créditos subordinados os valores devidos a sócios e administradores sem vínculo

empregatício da sociedade falida, sendo inexigíveis, aqui, as quantias referentes à participação de cada sócio no capital social, em caso de liquidação da sociedade (art. 83 par. 2º da Lei n. 11.101/05).

Dada a premissa e presunção de insolvência patrimonial, é de se esperar que os valores decorrentes da venda judicial dos ativos do falido não sejam suficientes para quitar a integralidade de todos os valores devidos a cada uma destas classes de credores.

Porém, como a insolvência é, na Lei n. 11.101/05, presumida e não real, é possível, ao menos teoricamente, que ainda existam ativos disponíveis, mesmo após o pagamento de todas as dívidas já apontadas.

Neste caso, a Lei n. 11.101/05 determina que tais valores sejam entregues ao falido ou rateados entre os sócios da sociedade falida, na exata proporção da participação de cada um deles sobre o capital social.

Cada credor tem, após sua intimação, o prazo de 60 dias para receber em juízo o valor que lhe caiba. Caso não ocorra tal levantamento, o administrador judicial deverá usar tais valores para repartir aos demais credores, sempre respeitando a ordem de pagamento estabelecida.

3 – O Encerramento do processo falimentar, extinção das obrigações e reabilitação do falido (art. 154 a 160 da Lei n. 11.101/05)

Uma vez comunicada, pelo administrador judicial, o encerramento da realização dos ativos e a completa divisão dos valores arrecadados entre os credores, deve o juízo falimentar determinar a abertura do prazo de 30 (trinta) dias para que o administrador judicial efetue, por escrito e devidamente comprovadas, a sua prestação final de contas (art. 154 da Lei n. 11.101/05).

Autuada em apartado, a prestação de contas do administrador judicial poderá ser impugnada no prazo de 10 (dez) dias contados da publicação, em Diário Oficial, de aviso a todos os interessados.

Transcorrido o prazo para impugnação fundamentada das contas apresentadas pelo administrador judicial da falência, o juízo falimentar abrirá vista ao Ministério Público para se manifestar tanto sobre a prestação de contas quanto sobre as eventuais impugnações apresentadas.

Em caso de manifestação desfavorável do Ministério Público e/ou impugnação, o administrador judicial deve ser ouvido no prazo de 5 (cinco) dias, findo o qual o feito será concluso ao juízo, para sentença.

Esta prestação final de contas será, então, julgada pelo juízo falimentar, que, em caso de procedência,

determinará o levantamento dos valores restantes referentes aos honorários devidos ao administrador judicial.

Caso seja julgada improcedente a prestação de contas apresentada, deverá o juízo falimentar, nesta mesma decisão, fixar as eventuais responsabilidades do administrador judicial.

Após a sentença sobre a prestação de contas do administrador judicial caberá a ele, nos termos do art. 155 da Lei n. 11.101/05, a apresentação do relatório final da falência, no prazo de 10 (dez) dias.

Enquanto a prestação de contas refere-se, aos atos praticados, no curso do processo de falência, pelo próprio administrador judicial, o relatório final ora tratado diz respeito aos resultados econômicos do processo falimentar em encerramento, devendo compilar informações como valor dos ativos arrecadados, montante total das dívidas e percentual de pagamento de cada uma das classes.

O filme conta a história de Irineu Evangelista de Souza (Barão de Mauá), considerado o primeiro grande empreendedor brasileiro e sua trajetória, do sucesso à insolvência.
Pode-se perceber a já frisada regra de que não se pode presumir a má-fé do empresário ou sociedade empresária que vai à falência, bem como ficam claros os devastadores efeitos da insolvência sobre a pessoa do falido. (Mauá, o Imperador e o Rei. Direção: Sérgio Rezende. Brasil. 1999) Após juntado esse relatório final aos autos, deverá o juízo falimentar julgar, por sentença, encerrado o processo falimentar (art. 156 da Lei n. 11.101/05).

Porém, o encerramento do processo falimentar não extingue o direito de eventuais credores não pagos durante o concurso. Dito de outra forma: o fim do processo falimentar não é causa de prescrição do direito dos credores que não receberam (ou receberam parcialmente) na falência do devedor, por insuficiência de bens no patrimônio deste último.

É por isso que, mesmo após o encerramento do processo falimentar, estas dívidas continuam exigíveis até

que ocorra, em relação a elas, um dos seguintes eventos: o pagamento ou o decurso do tempo.

Segundo o art. 158 da Lei n. 11.101/05, extinguem-se as obrigações do falido, em relação aos credores participantes da falência, após o decurso de 5 (cinco) anos, contados da sentença que encerrou o processo falimentar.

Este prazo será de 10 (dez) anos caso o falido, ou os sócios ou administradores da sociedade falida, tenham sido condenados por um ou mais dos crimes previstos na Lei n. 11.101/05 (os chamados crimes falimentares).

Por outro lado, a extinção da totalidade das obrigações do falido é reconhecida se houver o pagamento de mais da metade dos débitos quirografários constantes do Quadro Geral de Credores.

A extinção das obrigações do falido se dá, portanto, pelo pagamento de um percentual mínimo de suas dívidas quirografárias ou pelo decurso do tempo. Seja por uma ou outra razão, verificada sua ocorrência, deve o falido pleitear ao juízo falimentar que, por sentença, julgue extintas suas obrigações.

Tal pedido será autuado em apartado com os respectivos documentos e publicado por edital no órgão oficial e em jornal de grande circulação. A partir desta publicação, qualquer credor poderá, no prazo de 30 (trinta) dias, opor-se ao pedido. Findo tal prazo, o juiz, em 5 (cinco) dias, proferirá sentença.

Esta derradeira sentença tem o efeito de reabilitar o falido, seus sócios ou administradores ao exercício da atividade empresarial.

Bibliografia citada

ABRÃO, Nelson. *Curso de Direito Bancário*. 2ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

ABRÃO, Nelson. *Curso de Direito Falimentar*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993.

ALLEN, Douglas W. *Transaction Costs*. www.coase.org.

ÁLVARES, Walter. T. *Curso de Direito Falimentar*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

ARAGÃO. Paulo Cezar. BUMACHAR. Laura. A Assembleia Geral de Credores na Lei de Recuperação e Falências. In: SANTOS. Paulo Penalva. *A Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas – Lei n. 11.101/05*. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2006.

ARAÚJO, Adriana Maria Procópio de. ASSAF, Alexandre. *Introdução à Contabilidade*. São Paulo: Ed. Atlas, 2004.

ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial.* São Paulo: Saraiva e Cia Livraria Acadêmica, 1947.

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. 1ª ed. Campinas: Bookseller. 2001.

BAIRD, Douglas G. and MORRISON, Edward R., *Optimal Timing and Legal Decisionmaking: The Case of the Liquidation Decision in Bankruptcy* (October 1999). University of Chicago Law School, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 86.

BAIRD, Douglas G. GERTNER, Robert H. PICKER, Randal C. *Game Theory and Law*. Chicago: Harvard University Press, 2003.

BAIRD, Douglas. *Elements of Bankruptcy*. 4th ed. New York: New York Foundation Press. 2006.

BAIRD, Douglas. RASMUSSEN, Robert K. The end of Bankruptcy. *John M. Olin Law & Economics Working Paper Series n. 173*. disponível em www.ssrn.com. Consultado em 12/01/2006.

BAIRD. Douglas G. BERNSTEIN. Donald S. Absolute Priority, Valuation Uncertainty, and the Reorganization Bargain. *The Chicago Working Paper Series*. Index:http:// www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html. September 2005.

BAKER. George. GIBBONS, Robert. MURPHY. Kevin J. Relational Contracts and theory of the Firm. *Division of Research at Harvard Business School*. December 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. *V. II*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Falências e Concordatas*. 2ª edição. São Paulo: Ed. Ltr, 1996.

BEBCHUK, Lucian Arye. *Ex Ante Investments and Ex Post Externalities*. (December 2001). Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=297091.

BEBCHUK, Lucien Arye. Chapter 11. *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law – Vol. III*, 1998.

BEBCHUK. L. A. GUZMAN. A T. An Economic Analysis of Transnational Bankruptcies. *Journal of Law and Economics*. Vol. XLII. Chicago. October, 1999.

BEBCHUK. Lucien Arye. A new approach to corporate reorganizations. (In:). BEBCHUK. Lucien Arye (Org.). *Corporate Law and Economic Analysis*. Cambridge University Press. 2005.

BEBCHUK. Lucien Arye. Chapter 11. *The Social Science Research Network Electronic Paper Collection*: http://papers.ssrn.com/abstract id=76648. Acesso em 21/11/2010.

BERNOLDI. Paulo Roberto Colombo. *Curso Avançado de Direito Comercial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2002.

BEZERRA FILHO. Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. 5ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2008.

BLAUG, Mark. *Economic Theory in retrospect*. Fifth Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001.

BORGES. João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre. Volume. I*. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 1959.

BRIGHAM, Eugene F. GAPENSKI, Louis C. EHRHARDT, Michael C. *Administração Financeira – Teoria e Prática*. São Paulo: Ed. Atlas, 2001.

BRUE, Stanley L. *História do Pensamento Econômico*. 6ª ed. São Paulo: Ed. Thomson Learning, 2005.

BRUNETTI. Antonio. *Diritto Concursalle – Lezione*. 2ª edizione. Padova: Casa Editrice Dott. ª Milani, 1944.

BUCCOLA. Vincent S.J. KELLER. Ashley C. Credit Bidding and the Design of Bankruptcy Auctions. *The Social Science Research Network Electronic Paper Collection*: http:// papers.ssrn.com/abstract id =1545423.

BULGARELLI, Waldírio. *A teoria jurídica da empresa*. 1ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

CAMPOS NETTO, Ezequiel de Melo. *Cisão das Sociedades Limitadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CARLSON, David Gray. *The Logical Structure of Fraudulent Conveynance and Equitable Subordination*. Cardozo Law School. Jacob Burns Institute of Advanced Legal Studies. Working Paper Series n. 50. August. 2002.

CARVALHO DE MENDONÇA. M. I. *Doutrina e Prática das Obrigações. Tomo I.* 4ªedição. Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1956.

CARVALHO DE MENDONÇA. M. I. *Tratado de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1956.

CARVALHO SANTOS, J.M de. *Código Civil Brasileiro Interpretado. Volume XIII*. 7ª edição. São Paulo: Livraria Freitas Bastos. 1955.

CARVALHO. William Eustáquio de. Apontamentos sobre o Princípio da Preservação da Empresa. In: CASTRO. Moema Augusta Soares de. (Coord.) *Direito Falimentar Contemporâneo*. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 2008.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil – Vol. 13. Parte Especial: Do Direito da Empresa*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

CARVALHOSA. Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 4ª edição. Ed. Saraiva. São Paulo. 2009.

CASEY. Anthony J. The Creditors' Bargain and Option-Preservation Priority in Chapter 11. *University of Chicago Law Review*. Vol. 78. 2011.

COASE, Ronald H. *Essays on Economics and Economists*. Chicago/London: University of Chicago Press, 1995.

COASE, Ronald H. *The firm, the market and the law*. Chicago and London: Chicago University Press, 1988.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*. The University of I. N.3. 1960. Chicago Press.

COELHO, Fábio Ulhôa. *A Sociedade Limitada no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Fábio Ulhôa. C*ódigo Comercial e Legislação Complementar Anotados – à Luz do Novo Código Civil*. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial - Vol. I*. 2ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial.* 1ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1995. p. 276

COMPARATO, Fábio Konder*. O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.

COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 4th edition. Boston: Pearson, Addison & Wesley. 2004.

COPELAND, Tom. KOLLER, Tim. MURRIN, Jack. *Avaliação de Empresas (Valuation) – calculando e gerenciando o valor das empresas*. 3 ed. São Paulo: Pearson Makron Books. 2004.

CORRÊA, Daniel Rocha. *Contratos de Transferência de Tecnologia*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2005.

CORRÊA LIMA, Osmar Brina. *Incorporação de Empresas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

CORRÊA LIMA, Osmar Brina. *Sociedades Anônimas - textos e casos*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1991.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *O acionista minoritário no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1994.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

CORRÊA-LIMA. Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. 2ª edição. Ed. Del Rey. Belo Horizonte. 2007.

COSTA, Carlos Alexandre J. da. LUCINDA, Cláudio Ribeiro. Comportamento das firmas – análise de mercado,

In: SADDI, Jairo. (org.) *Fusões e Aquisições: aspectos jurídicos e econômicos*. São Paulo: IOB, 2002.

COSTA. Manuel Vieira da. Fundo de Comércio. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados. Vol. 11*. pgs. 23/44. n. 43. mar. Abr. 1987.

CRUELLS, Joaquín Torres de. CALVET, Román Mas y. *La Suspensíon de Pagos*. Barcelona: Bosch. 1995.

CURBELO, Jorge López. *Concepto y naturaleza del convenio em la suspension de pagos*. Barcelona: Ed. Bosch, 2000.

DE LUCCA. Newton. Abuso do Direito de Voto de Credor na Assembléia Geral de Credores prevista nos arts. 35 a 46 da Lei n. 11.101/2005. In: ADAMEK. Marcelo Vieira Von. (Coord.). *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos.* Ed. Malheiros. São Paulo. 2011.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Atlas. 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro. Vol – III*. 18a edição. São Paulo. Ed. Saraiva, 1998.

DÓRIA. Dílson. *Curso de Direito Comercial. Vol. I*. 8ª edição. Ed. Saraiva. São Paulo. 1993.

DRUCKER, Peter. *Introdução à Administração*. 3ª edição. São Paulo: Ed. Thompson/Pioneira, 1998.

DUARTE, Henrique Vaz. *Questões sobre Recuperação e Falência*. 2ª edição. Coimbra: Almedina. 2004.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento jurídico*. 9ª edição. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

EPSTEIN, David G. NICKLES, Steve H. WHITE, James J. *Bankruptcy*. St. Paul, Minn: West Publishing Co, 1993.

FÉRNANDEZ-AGUADO. Juan Inácio. Análisis de las facultades de los acreedores. *Boletín del ilustre colegio de abogados de Madrid*. N. 31. 3ª época. Octubre 2005.

FERRARA Jr, Francesco. BORGIOLI, Alessandro. *Il Falimento*. Milano: Giuffrè Editore.

FERRARA. Francesco. *Il Fallimento*. 3a. ed. Milano: Giuffrè, 1959, n. XXI.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial – Vol 14*. São Paulo: Edição Saraiva, 1965.

FIÚZA, César. *Direito Civil*. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GAUGHAN, Patrick A. *Mergers, Acquisitions, and Corporate Restructurings*. 3th ed. New York: John Wiley & Sons, Inc, 2002.

GITMAN, Lawrence J. MADURA, Jeff. *Administração Financeira – Uma abordagem gerencial*. São Paulo: Pearson Addison & Wesley, 2003.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. O Regime Jurídico da Insolvência. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná – N. 19*. 1997.

GOWER, L.C.B. *Gower's Principles of Modern Company Law*. 5th Edition. London: Sweet & Maxwell, 1992.

HAMILTON, Robert W. *The Law of Corporations – in a nutshell*. 5th ed. St. Paul, Minn: West Group, 2000.

HART, Oliver. HOLMSTROM. Bengt. A theory of Firm Scope. *Massachussets Intitute of Technology – Department of Economics – Working Paper Series* n. 02-42. November 2002.

HART, Oliver. Norms and Theory of the Firm. *Harvard Institute of Economic Research*. Discussion Paper n. 326. May 2001.

HART. Oliver. Different approaches to bankruptcy. *Harvard Institute of Economic Research*. September 2000. Disponível em: >htttp://www.ssrn.com.br. Acesso em: 21 jul.2005.

HEATON. J.B. *An Economic Analysis of Fraudulent Conveynance Law*. 1997. disponível em: http//www.ssrn.com. *site* consultado em 19/06/07.

JACKSON. Thomas H. *The Logic and Limits of Bankruptcy Law.* Beardbooks. Washington D.C. 2001.

JAYME, Fernando Gonzaga. *Direitos Humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KORDANA, Kevin A. POSNER, Eric A. *A Positive Theory of Chapter 11. John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 61 (2nd series). http//.www.law.uchicago.edu/publications/Working/index.html.*

KREPS, David M. *A Course in Microeconomic Theory*. New Jersey: Princeton University Press, 1990.

LAMY FILHO, Alfredo. BULHÕES PEDREIRA, José Luis. *A Lei das S. A – Vol. II*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1996.

LIPPERT, Márcia Mallmann. *A Empresa no Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LOBO, Jorge (Org.). *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LOBO, Jorge. *Direito Concursal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LOBO. Jorge. (In:) TOLEDO. Paulo Fernando Campos Salles de. ABRÃO. Carlos Henrique. (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Ed. Saraiva. São Paulo. 2005.

LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.

MACHADO, Rubens Aprobatto (coord.). *Comentários à Nova lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2005.

MANKIW, Gregory. *Introdução à Economia*. 3a ed. São Paulo: Thomson Learning, 2005.

MARION, José Carlos. *Contabilidade Empresarial*. 10ª edição. São Paulo: Ed. Atlas. 2003.

MARTIN, Antônio. IN: SOUZA Jr. Francisco Satiro de. PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

MARTIN, Jean-François. *Redressement et Liquidation Juciaire des Entreprises*. Paris: Dalloz. 1999.

MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas. – Vol. II. Tomo 1*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984.

MERCURO, Nicholas. MEDEMA, Steven G. *Economics and the law – from Posner to post-modernism*. Princeton – New Jersey: Princeton University press, 1999.

MORAES PITOMBO, Antônio Sérgio A de. SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2005.

MOREIRA. Alberto Camiña. *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. Editora Quartier Latin. São Paulo. 2005.

MYERSON, Roger B. *Game Theory: Analysis of Conflict*. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1997.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa*. *Vol. III.* São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

NEWTON. Grant W. *Corporate Bankruptcy – tools, strategies and alternatives.* John Wiley & Sons, Inc. Hoboken, New Jersey. 2003.

OSBORNE, Martin J. *An Introduction To Game Theory*. New York – Oxford: Oxford University Press, 2004.

PAES, P. R. *Curso de Direito Comercial - Vol II*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. *Sociedade por Ações*. *Vol. III*. São Paulo: Saraiva, 1973.

PEIXOTO. Euler da Cunha. Fundo de Comércio. *Atualidades Jurídicas*. *Vol. 3*. pgs. 113-136. Ed. Del Rey. Belo Horizonte. 1992.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1993.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Estabelecimento. In: RODRIGUES, Frederico Viana (org.). *Direito de Empresa no Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

PIMENTA, Eduardo Goulart. *Exclusão e Retirada de Sócio – conflitos societários e apuração de haveres no Código Civil e na Lei das Sociedades Anônimas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PIMENTA, Eduardo Goulart. *Joint Ventures – Contratos de Parceria Empresarial no Direito Brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. São Paulo: Ed. Elsevier Campus, 2005.

POLINSKY, Mitchell A. SHAVELL, Steven. Economic Analysis of Law. *John M. Olin Center for Law, Economics, and Business. Discussion paper n. 536*. November 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Seventh Edition. Wolters Klumer Law & Business. Aspen Publishers. 2007.

POSNER, Richard. Law and Economics in Common-Law, Civil-Law, and Developing Nations. *Ratio Juris*, Vol 17 No. 1. March 2004.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 15ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva. 1993.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Empresa*. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. *Leasing – Arrendamento mercantil no Direito brasileiro*. 4ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

ROMANO. Roberta. BHAGAT. Sanjai. Empirical Sudies of Corporate Law. *Center For Law, Economics and Public Policy - Yale Law School*. Research Paper No. 316. New Haven, May 2005.

ROSSETTI, José Paschoal. ANDRADE, Adriana. *Governança Corporativa – fundamento, desenvolvimento e tendências*. São Paulo: Atlas. 2004.

ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à Economia*. 20ª edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2003.

SAMUELSON, Paul A. NORDHAUS, William D. *Economia*. 16a ed. São Paulo: Mc Graw Hill.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. A Ação Revocatória na Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falência. In: SANTOS, Paulo Penalva (coord.). *A Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas – Lei n. 11.101/05*. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

SANTOS. Welder Queiroz dos. As Formas de Aprovação do Plano de Recuperação Judicial. *Revista de Direito Empresarial*. Curitiba. Paraná. Brasil. n. 13. Jan./jun. 2010.

SATTA, Salvatore. *Diritto Fallimentare*. Padova: Cedam, 1990.

SCHWARTZ, Alan. *A Normative Theory of Business Bankruptcy*. Yale Law School. Center for Law, Economics and Public Policy. Research Paper n. 305.

SCHWARTZ, Alan. SCOTT, Robert E. Contract Theory and the limits of Contract Law. *Yale Law Journal*, Vol. 113. 2003.

SHUBIK, Martin. *Game Theory: some observations*. Yale School of Management. Working Paper Series B n. 132. July 2000.

SILVA, Alexandre Couto. Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código Civil. In. RODRIGUES, Frederico Viana (coord). *Direito de Empresa no novo Código Civil* . Rio de Janeiro: Forense, 2004. p 435)

SOUZA JR. Francisco Satiro de. PITOMBO. Antônio Sérgio A. de Moraes. (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2007.

STANLAKE, George Frederik. *Introdução à Economia*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

STIGLER, George J. *The Theory of Price*. New York: Ed. Macmillan, 1952.

STIGLITZ, Joseph E. WALSH, Carl E. *Introdução à Microeconomia*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 2003.

SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo: Ed. Atlas, 2004.

TEPEDINO, Ricardo. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. ABRÃO, Carlos Henrique. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva. 2005.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Vol. I*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia*. São Paulo: Ed. Atlas. 2018.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles. ABRÃO, Carlos Henrique (org.) *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2005.

TOLEDO. Paulo Fernando Campos Salles de. Recuperação Judicial – Sociedades Anônimas – Debêntures – Assembléia Geral de Credores – Liberdade de Associação – Boa-fé objetiva – Abuso de Direito – Cram Down – par condicio creditorum. *Revista de Direito Mercantil*. Vol. 142. Abril/Junho 2006. Ed. Malheiros. São Paulo.

VAGTS, Detlev. *Basic Corporation Law. Materials – Cases – Text*. 3th edition. University Casebooks series. New York: The Foundation Press, 1989.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1948.

VÍTOLO. Daniel Roque. *Elementos Del Derecho Concursal*. Ad-Hoc. Buenos Aires. 2007.

VIVANTE, Césare. *Tratado de Derecho Mercantil*. *Vol. II*. 1ª ed. Madrid: Editorial Réus, 1932.

VON THADDEN, Ernst-Ludwig, BERGLÖF, Erik and ROLAND, Gérard*, Optimal Debt Design and the Role of Bankruptcy* (August 2003). Available at SSRN: http://ssrn.com.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Ed. Calouste Gulbenkian, 2003.

WILLIAMSON, Oliver E. Why Law, Economics, and Organization? *UC Berkeley Public Law and Legal Theory Working Paper Series*. Working Paper n. 37. 2000.

ZANETTI. Robson. Principais mudanças na atual Lei de Falências e Concordatas aprovadas no Senado, vistas de forma geral. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 505, 24 nov. 2004. Disponível em: >htttp://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5975>.

ZYLBERSZTAJN, Décio. SZTAJN, Rachel (org.). *Direito e Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações*. São Paulo: Ed. Elsevier Campus, 2005.

ZYWICKI. Todd. The past, present, and future of bankruptcy law in America. *Law and Economics working paper series*. p. 20. Disponível em: >htttp://www.ssrn.com.br. Acesso em: 21 jul.2005.